

# **KULTURHENSYN OG HANDELSHINDRINGER**

Kan en handelshindring lovlig begrunnes i kulturpolitiske hensyn  
i WTO- og EØS-retten, slik den kan i EF-retten?

Kandidatnummer: 529

Veileder: Ola Mestad

Leveringsfrist: 1. juni 2003

Til sammen 37190 ord

18.06.2003

# Innholdsfortegnelse

|            |   |                  |
|------------|---|------------------|
| <b>1</b>   | <b><u>INNLEDNING .....</u></b>  | <b><u>1</u></b>  |
| <b>1.1</b> | <b>EMNE OG PROBLEMSTILLING .....</b>  | <b>1</b>         |
| <b>1.2</b> | <b>REGELVERKENE .....</b>   | <b>3</b>         |
| 1.2.1      | WTO .....   | 3                |
| 1.2.2      | EU .....  | 5                |
| 1.2.3      | EØS .....   | 7                |
| <b>1.3</b> | <b>SENTRALE BEGREPER .....</b>  | <b>8</b>         |
| 1.3.1      | HANDELSHINDRINGER OG DISKRIMINERING .....   | 8                |
| 1.3.2      | ALLMENNE HENSYN .....   | 9                |
| 1.3.3      | KULTUR, KULTURGODER OG KULTURPOLITISKE HENSYN .....   | 10               |
| <b>1.4</b> | <b>METODE .....</b>   | <b>11</b>        |
| 1.4.1      | WTO .....   | 12               |
| 1.4.2      | EU .....  | 13               |
| 1.4.3      | EØS .....   | 14               |
| <b>1.5</b> | <b>DEN VIDERE FREMSTILLING .....</b>  | <b>15</b>        |
| <b>2</b>   | <b><u>KULTUR I EU – BEVISSTGJØRING OG KODIFISERING .....</u></b>  | <b><u>16</u></b> |
| <b>2.1</b> | <b>INNLEDNING .....</b>   | <b>16</b>        |
| <b>2.2</b> | <b>DET RETTSLIGE UTGANGSPUNKT: FRI BEVEGELIGHET OG FRI KONKURRANSE .....</b>  | <b>17</b>        |
| <b>2.3</b> | <b>NÅR RAMMES EN HANDELSHINDRING AV REGLENE OM FRI BEVEGELIGHET? .....</b>  | <b>19</b>        |
| 2.3.1      | VARER .....   | 19               |
| 2.3.2      | ARBEIDSTAKERE .....   | 21               |
| 2.3.3      | ETABLERING .....  | 21               |
| 2.3.4      | TJENESTER .....   | 22               |
| 2.3.5      | KAPITAL .....   | 23               |
| <b>2.4</b> | <b>NÅR KAN EN HANDELSHINDRING SOM RAMMES AV REGLENE OM FRI BEVEGELIGHET<br/>BEGRUNNES I KULTURPOLITISKE HENSYN? .....</b> | <b>23</b>        |
| 2.4.1      | EF ART. 30 – BESKYTTELSE AV NASJONALE SKATTER .....   | 24               |
| 2.4.2      | EF-DOMSTOLEN OG DISKRIMINERENDE HANDELSHINDRINGER .....   | 25               |
| 2.4.3      | EF-DOMSTOLEN OG IKKE-DISKRIMINERENDE HANDELSHINDRINGER .....  | 28               |
| <b>2.5</b> | <b>KULTUR OG STATSSTØTTE .....</b>  | <b>35</b>        |

|             |   |                  |
|-------------|---|------------------|
| 2.5.1       | FORBUDET MOT STATSSTØTTE.....                                 | 35               |
| 2.5.2       | UNNTAK: STØTTE TIL FREMME AV KULTUREN .....                   | 36               |
| 2.5.3       | UNNTAKET I PRAKSIS – STATLIGE FILMSTØTTEORDNINGER.....        | 37               |
| <b>2.6</b>  | <b>HVILKEN RETTSLIG BETYDNING HAR EF ART. 151?.....</b>       | <b>40</b>        |
| 2.6.1       | INNLEDNING.....   | 40               |
| 2.6.2       | ART. 151 OG GRADEN AV EUROPEISK INTEGRASJON .....             | 41               |
| 2.6.3       | ART. 151 SOM RETTSLIG GRUNNLAG FOR RETTSAKTER .....           | 43               |
| 2.6.4       | KAN ART. 151 RETTTFERDIGGJØRE EN HANDELSHINDRING? .....       | 46               |
| <b>2.7</b>  | <b>OPPSUMMERING .....</b>                                     | <b>47</b>        |
| <b>3</b>    | <b><u>KULTUR I WTO – STRICTLY BUSINESS? .....</u></b>         | <b><u>49</u></b> |
| <b>3.1</b>  | <b>INNLEDNING.....</b>  | <b>49</b>        |
| <b>3.2</b>  | <b>DET RETTSLIGE UTGANGSPUNKT: NASJONAL BEHANDLING .....</b>  | <b>49</b>        |
| <b>3.3</b>  | <b>EKSPLISITTE KULTURUNNTAK .....</b>                         | <b>50</b>        |
| 3.3.1       | GATT ART. IV – BESKYTTELSE AV KINOFILM.....                   | 51               |
| 3.3.2       | GATT ART. XX (F) – BESKYTTELSE AV NASJONALE SKATTER.....      | 53               |
| <b>3.4</b>  | <b>IMPLISITTE KULTURUNNTAK: ”LIKE PRODUCTS” .....</b>         | <b>55</b>        |
| 3.4.1       | INNLEDNING.....   | 55               |
| 3.4.2       | DE JAPANSKE ALKOHOLSKATTESAKENE .....                         | 56               |
| 3.4.3       | ”PRODUKT/PROSESS”-DOKTRINEN.....                              | 57               |
| <b>3.5</b>  | <b>CANADIAN PERIODICALS-SAKEN .....</b>                       | <b>59</b>        |
| 3.5.1       | INNLEDNING.....   | 59               |
| 3.5.2       | BAKGRUNN .....  | 59               |
| 3.5.3       | GATT ELLER GATS?.....   | 63               |
| 3.5.4       | KULTUR I PANELET .....  | 66               |
| <b>3.6</b>  | <b>GATS OG STRIDEN OM AUDIOVISUELLE TJENESTER.....</b>        | <b>69</b>        |
| <b>3.7</b>  | <b>KULTUR OG IMMATERIELLE RETTIGHETER.....</b>                | <b>72</b>        |
| <b>3.8</b>  | <b>KULTUR OG SUBSIDIER .....</b>                              | <b>73</b>        |
| <b>3.9</b>  | <b>KULTUR SOM LOVLIG ALLMENT HENSYN I WTO-RETTE? .....</b>    | <b>74</b>        |
| <b>3.10</b> | <b>OPPSUMMERING .....</b>                                     | <b>81</b>        |
| <b>4</b>    | <b><u>KULTUR I EØS – DYNAMIKK ELLER STILLSTAND? .....</u></b> | <b><u>82</u></b> |
| <b>4.1</b>  | <b>INNLEDNING.....</b>  | <b>82</b>        |
| <b>4.2</b>  | <b>DET RETTSLIGE UTGANGSPUNKT .....</b>                       | <b>82</b>        |
| <b>4.3</b>  | <b>HVORDAN ENDRES OG UTVIKLES EØS-AVTALEN? .....</b>          | <b>82</b>        |

|                 |   |                   |
|-----------------|---|-------------------|
| <b>4.4</b>      | <b><i>EINARSSON</i>-SAKEN.....</b>                            | <b>84</b>         |
| 4.4.1           | INNLEDNING OG BAKGRUNN.....                                   | 84                |
| 4.4.2           | ER DEN ISLANDSKE MOMSREGELN DISKRIMINERENDE?.....             | 85                |
| 4.4.3           | KULTUR I EFTA-DOMSTOLEN .....                                 | 87                |
| 4.4.4           | KULTUR SOM LOVLIG ALLMENT HENSYN I EØS-RETTE? .....           | 90                |
| <b>4.5</b>      | <b><i>EINARSSON</i>-SAKEN OG GJENSIDIGHETSPRINSIPPET.....</b> | <b>93</b>         |
| <b>4.6</b>      | <b>EØS-AVTALEN OG STATLIGE FILMSTØTTEORDNINGER.....</b>       | <b>95</b>         |
| <b>4.7</b>      | <b>OPPSUMMERING .....</b>                                     | <b>97</b>         |
| <b><u>5</u></b> | <b><u>AVSLUTNING.....</u></b>                                 | <b><u>99</u></b>  |
| <b>5.1</b>      | <b>KULTUR SOM LOVLIG ALLMENT HENSYN?.....</b>                 | <b>99</b>         |
| <b>5.2</b>      | <b>DEN FREMTIDIGE UTVIKLINGEN – KULTUR OG KONVERGENS.....</b> | <b>99</b>         |
| <b><u>6</u></b> | <b><u>LITTERATURLISTE.....</u></b>                            | <b><u>102</u></b> |
| <b><u>7</u></b> | <b><u>LISTER OVER TABELLER, FIGURER M V .....</u></b>         | <b><u>A</u></b>   |

## 1 INNLEDNING

### 1.1 Emne og problemstilling

Økonomisk integrasjon på globalt og regionalt nivå er i økende grad med på å sette dagsorden for statens politiske prioriteringer, ikke minst på kulturområdet. På det *globale* plan er WTO (*World Trade Organization*) en av de aktører som i sterkest grad fremmer økonomisk integrasjon, gjennom liberalisering av internasjonal handel. EU har i dag utviklet seg til en sammenslutning som regulerer de fleste områder av medlemsstatenes politikk, og står således for økonomisk integrasjon på et *regionalt* plan. Deltagelse i EUs indre marked gjennom EØS-avtalen har likeledes stor innvirkning på EØS-medlemmenes politikk, om enn ikke i like stor grad som for EUs medlemmer. Ettersom det bare er stater som kan være medlemmer av WTO, EU og EØS, er det først og fremst *statens* interesser som berøres i denne sammenhengen.

Internasjonal handel og økonomisk integrasjon vil kunne påvirke nasjonal kulturpolitikk på følgende måte: Ved hjelp av instrumenter som skal lette handel mellom stater, får goder som gir uttrykk for et lands kultur, som for eksempel film, tidsskrifter og bøker, tilgang til andre land. I enkelte tilfeller kan slik kulturell påvirkning bli oppfattet som en trussel, og det iverksettes derfor tiltak på nasjonalt nivå som beskytter nasjonal kultur og identitet og stenger ute det som oppfattes som fremmed. Slike tiltak kan tenkes å utgjøre *handelshindringer* som rammes av globale og regionale regelverk.

WTO-avtalen, EFs traktatverk og EØS-avtalen gir medlemmene svært begrensede muligheter for å rettferdiggjøre en handelshindring i kulturpolitiske hensyn, dersom handelshindringen rammes av de respektive regelverkene. Imidlertid har EF-domstolen anerkjent at en handelshindring, på visse betingelser, kan rettferdiggjøres i et videre spekter av kulturpolitiske hensyn, utover det som følger av traktatverket. Det er vanlig å si at EF-domstolen har anerkjent kultur som et *lovlig allment hensyn* i EF-retten. WTOS tvisteløsningsorganer har hittil ikke anerkjent kultur som lovlig allment hensyn, heller ikke en ”lære” om allmenne hensyn generelt. EFTA-domstolen har brukt begrepet

'allmenne hensyn' for EØS-rettens vedkommende,<sup>1</sup> men har ikke slått fast at kulturpolitiske hensyn hører med blant disse. Problemstillingen for denne avhandlingen er derfor om og i hvilken grad kulturpolitiske hensyn kan rettferdiggjøre en handelshindring som rammes av henholdsvis WTO-regelverket og EØS-avtalen, og da særskilt om det er grunnlag for å hevde at kultur er et lovlig allment hensyn i disse rettssystemene, slik som i EF-retten. Den rettslige situasjonen på kulturområdet i EU, og særlig anerkjennelsen av kultur som lovlig allment hensyn, vil tjene som utgangspunkt for disse analysene.

Det er i dag et spenningsforhold mellom "handelsrettslige verdier" på den ene side, og "kulturelle verdier" på den andre. Denne spenningen kommer til uttrykk i fora på både globalt og nasjonalt nivå, som under WTOs forhandlingsrunder, på regjeringsnivå, på møter og konferanser i ulike organisasjoner og gjennom forskning og media. På den ene siden hevdes det at liberalisering av internasjonal handel ikke lar seg forene med utviklingen og bevaringen av nasjonal kulturell identitet og kulturelt mangfold i verden. Liberalisering av internasjonal handel innebærer blant annet at nasjonale ordninger som anses å hindre handel med varer, tjenester og andre goder gradvis fjernes. Støtteordninger for nasjonal kulturindustri vil ofte utgjøre slike hindringer. Frihandel vil dermed føre til at de rikeste og mektigste landene fritt kan eksportere varer og tjenester som representerer deres kultur, til fortrengsel for mindre lands kulturindustri, som ofte taper i konkurransen. Det er særlig EU og Canada som hevder dette synet, i tillegg til organisasjoner som UNESCO, Europarådet og andre mindre organisasjoner som arbeider med kultur og for kulturelt mangfold.

På den andre siden står først og fremst USA og Japan, men også i den senere tid enkelte land i Latin-Amerika og Afrika. Disse hevder at liberalisering av internasjonal handel er en *forutsetning* for kulturelt mangfold, ikke en trussel mot det. Å fjerne nasjonale hindringer for kulturelle varer og tjenester fra andre land bidrar til økt kulturutveksling og dermed større kulturell forståelse blant verdens folk.<sup>2</sup> Samtidig skal det nok ikke sees

---

<sup>1</sup> Jf. premiss 30 i sak E-5/96 *Ullensaker kommune m.fl. mot Nille AS*.

<sup>2</sup> Det kan synes som også Norges kulturminister Valgjerd Svarstad Haugland inntar et slikt standpunkt: "En nasjonal begrunnelse for vårt kulturliv kan lett fremstå som ekskluderende", uttaler Haugland, og mener nye kulturelle impulser har bidratt til å utfordre tradisjonelle forestillinger om "det norske", om "nasjonal kultur" og "felleskultur". Hun fremhever at "den fremtidige kulturpolitikken må dreie perspektivet bort fra konstruksjoner av en nasjonalkultur, mot en tilrettelegging for utviklingen av kulturen i

bort fra at det også ligger rene økonomiske motiver til grunn for viljen til å fjerne hindringer på handel med kulturgoder. Filmindustrien er USAs nest største industri målt i eksportverdi, og USA ser nok store økonomiske muligheter i for eksempel å etablere seg på det europeiske film- og fjernsynsmarkedet og få tilgang til dette markedets støtteordninger. Også land fra Afrika og Latin-Amerika presser i dag på for å oppnå markedsadgang for sine filmer i Europa. EU har nemlig valgt å unnta såkalte ”audiovisuelle tjenester”, som blant annet omfatter film- og fjernsynstjenester, fra liberalisering, slik WTO-regelverket åpner for. Dette innebærer at unionen foreløpig har tilnærmet full frihet til å treffe de beskyttelsestiltak den måtte ønske på området for europeisk film- og fjernsynsproduksjon, overfor land utenfor unionen.

## 1.2 Regelverkene

I dette avsnittet vil jeg gi en kort presentasjon av de regelverkene jeg kommer til å behandle i avhandlingen. Regelverkene er WTO, EU og EØS, og jeg tar først og fremst for meg deres karakter og struktur, samt hvordan tvisteløsning foregår i det enkelte regelverk. Dette kan bidra til å forstå bakgrunnen for den rettslige situasjonen på kulturområdet i de tre rettssystemene.

### 1.2.1 WTO

WTO ble opprettet 1. januar 1995.<sup>3</sup> Organisasjonen er en videreføring av GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), en internasjonal handelsavtale inngått i 1947. Allerede på dette tidspunktet hadde GATT to eksplisitte ”kulturunntak”, som behandles nærmere i avsnitt 3.3 nedenfor. I regi av GATT har avtalepartene forhandlet om binding og gradvis reduksjon av tollsatser på handel med varer. I senere forhandlingsrunder ble fokus i større grad rettet mot andre handelshindringer enn toll, blant annet subsidier, dumping og offentlige reguleringer, og det ble etter hvert utviklet et svært omfattende regelverk.<sup>4</sup> Mot slutten av den såkalte Uruguay-runden ble det også inngått en avtale om handel med tjenester, GATS (*General Agreement on Trade in*

---

Norge med utgangspunkt i hvordan den faktisk er”, og mener internasjonal kulturutveksling ”må ses i sammenheng med at en økende andel av Norges befolkning har bakgrunn fra ikke-vestlige kulturer”. Hun uttaler videre at ”import av ulike kulturimpulser og kunstuttrykk blir vel så viktig som å profilere norsk kunst og kultur i utlandet” (Aftenposten, 10. april 2003).

<sup>3</sup> Avtalen om opprettelse av WTO er inntatt i St. prp. nr. 65 (1993-94).

<sup>4</sup> Jf. Ruud m.fl., *Urvalgte emner i folkerett*, s. 138.

*Services*), og en avtale om handel med immaterielle rettigheter, TRIPS (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*), begge av 15. april 1994. Som et resultat av forhandlingene i denne runden, ble dette regelverket samlet under én avtale, WTO-avtalen. Ved opprettelsen av WTO ble den opprinnelige GATT-avtalen ("GATT 1947") formelt opphevet, og en ny ("GATT 1994") ble etablert. GATT 1994 omfatter likevel bestemmelsene i GATT 1947,<sup>5</sup> selv om de to avtalene er juridisk adskilt ("legally distinct").<sup>6</sup> Denne adskillelsen ble gjort for å gi gamle GATT-medlemmer muligheten til å vente med å slutte seg til WTO, dersom de ikke ønsket dette umiddelbart.<sup>7</sup> De to kulturunntakene fra GATT 1947 gjelder derfor som en del av det nåværende WTO-regelverket.

WTO-regelverket består av en rammeavtale ("WTO-avtalen"),<sup>8</sup> 19 avtaler som inneholder materielle regler og to som inneholder prosessuelle regler. Avtalene med materielle og prosessuelle regler er inntatt i form av vedlegg til rammeavtalen. Alle stater tilsluttet WTO er i utgangspunktet automatisk bundet av avtalene i vedleggene.<sup>9</sup> Handel med henholdsvis varer, tjenester og immaterielle rettigheter utgjør de tre hovedområdene under WTO-regelverket.<sup>10</sup> WTOs regler for tvisteløsning, DSU (*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*), gjelder tvister i forbindelse med blant annet WTO-avtalen, GATT 1994, GATS og TRIPS.<sup>11</sup> Et tvisteløsningsorgan, DSB (*Dispute Settlement Body*) er satt til å admini-

---

<sup>5</sup> Jf. GATT 1994, nr. 1 a).

<sup>6</sup> Jf. WTO-avtalen, art. II:4. Avtalen gir ingen anvisning på hvilken rettslig betydning det har at GATT 1994 er "juridisk adskilt" fra GATT 1947. Uansett angir art. XVI i WTO-avtalen at WTO skal "la seg veilede av beslutninger, prosedyrer og vanlig praksis som er blitt fulgt av kontraherende parter i GATT 1947", med mindre noe annet er fastsatt andre steder i WTO-regelverket. Dette taler for at tolkningsmateriale fra GATT 1947 fremdeles vil være relevant ved tolkningen av bestemmelser i GATT 1994.

<sup>7</sup> Jf. Abbott, *The North American Integration Regime and its Implication for the World Trading System*, s. 181. Det viste seg senere at det rettslige skillet mellom GATT 1947 og GATT 1994 strengt tatt ikke var nødvendig, ettersom alle de gamle GATT-medlemmene valgte å bli medlemmer av WTO da organisasjonen ble opprettet.

<sup>8</sup> "WTO-avtalen" betegner strengt tatt bare avtalen som oppretter organisasjonen WTO, altså rammeavtalen. I det følgende vil jeg likevel bruke "WTO-avtalen" om WTO-regelverket som helhet, som inkluderer både rammeavtalen og vedleggene med de multilaterale handelsavtalene.

<sup>9</sup> Jf. WTO-avtalen art. II:2. Fire såkalte *plurilaterale* avtaler binder riktignok bare stater som uttrykkelig har godkjent dem, jf. art. II:3. *Plurilateral* betyr i prinsippet det samme som *multilateral*, det vil si en avtale som har flere enn to parter. I følge Ruud m.fl. (s. 45) er det ofte vanlig å bruke *plurilateral* om avtaler som har mer enn to parter, men hvor adgangen til å bli part på en eller annen måte er begrenset.

<sup>10</sup> Jf. Ruud m.fl., s. 143.

<sup>11</sup> Jf. DSU art. 1(1), jf. vedlegg 1 til DSU.



strere reglene om tvisteløsning.<sup>12</sup> Det er Hovedrådet i WTO, bestående av representanter fra alle medlemmene, som fungerer som tvisteløsningsorgan.<sup>13</sup>

Det første stadiet i en tvist består av at en av partene anmoder om konsultasjoner med den andre.<sup>14</sup> Dersom det ikke oppnås en tilfredsstillende løsning, kan den klagende part kreve at DSB oppretter et *panel* bestående av tre medlemmer.<sup>15</sup> Panelets mandat er å gjennomgå saken i lys av bestemmelser i de avtalene som berøres og som partene har påberopt seg, og på bakgrunn av dette gi en vurdering av saken som legges frem for DSB.<sup>16</sup> Panelets rapport kan enten forkastes enstemmig eller vedtas av DSB, dersom ingen av partene anker avgjørelsen.<sup>17</sup> Ved anke skal saken behandles av et fast ankeorgan, AB (*Appellate Body*), bestående av syv medlemmer, hvorav tre tjenestegjør i den enkelte sak.<sup>18</sup> Det kan bare ankes over rettsspørsmål omhandlet i panelets rapport og over panelets juridiske fortolkninger.<sup>19</sup> Ankeorganets rapport kan enten forkastes ved konsensus eller vedtas av DSB.<sup>20</sup>

### 1.2.2 EU

Den europeiske union (EU) ble vedtatt innført ved Traktat om opprettelse av den europeiske union (*EU-traktaten*) i Maastricht 17. februar 1992. Unionen omfatter tre områder, eller *søylar*. Disse tre er EF-samarbeidet (tidligere *Det europeiske økonomiske fellesskap*), samarbeidet om justis- og innenrikspolitikk og samarbeidet om utenriks- og sikkerhetspolitikk. Inntil ikrafttreddelsen av EU-traktaten 1. november 1993, bestod EF-samarbeidet av traktaten om Det europeiske kull- og stålfellesskap (*EKSF-traktaten*) av 18. april 1951, traktaten om Det europeiske økonomiske fellesskap (*EØF-traktaten*, også kalt *Roma-traktaten*) og traktaten om Det europeiske atomenergifellesskap (*Euratom-traktaten*), begge av 25. mars 1957. EU-traktaten innebar blant annet at Det europeiske økonomiske fellesskap (EØF) skiftet navn til Det europeiske fellesskap (EF). Dessuten introduserte EU-traktaten en ny avdeling om kultur i EF-traktaten, som blant

---

<sup>12</sup> Jf. DSU art. 2(1).

<sup>13</sup> Jf. WTO art. IV:2 og 3.

<sup>14</sup> Jf. DSU art. 4.

<sup>15</sup> Op. cit. art. 6(1).

<sup>16</sup> Op. cit. art. 7(1) og (2).

<sup>17</sup> Op. cit. art. 16(4).

<sup>18</sup> Op. cit. art. 17(1).

<sup>19</sup> Op. cit. art. 17(6).

<sup>20</sup> Op. cit. art. 17(14).

annet pålegger Fellesskapet å ta kulturelle forhold i betraktning under utøvelse av annen virksomhet i henhold til EF-traktaten (jf. avsnitt 2.6 nedenfor),<sup>21</sup> og et nytt ”kulturunntak” fra reglene om statsstøtte (jf. avsnitt 2.5 nedenfor).<sup>22</sup> Reglene om Fellesskapets politikk, blant annet reglene om fri bevegelighet for varer, tjenester, arbeidstakere og kapital, og om Fellesskapets organer, står i EF-traktaten (Roma-traktaten). Derfor snakker vi om *EF-retten* og *EF-domstolen* (og ikke for eksempel ”EU-domstolen”).

EF-retten er et internasjonalt rettssystem i den forstand at det regulerer rettsforholdet mellom flere stater. Men til forskjell fra tradisjonelle folkerettslige avtaler, som bare skaper gjensidige plikter og rettigheter mellom stater, har EF-retten utviklet seg til et *overnasjonalt* rettssystem, med forrang over nasjonal rett.<sup>23</sup> Dessuten er borgerne i EU gjort til plikt- og rettighetssubjekter i tillegg til statene, i forhold til fellesskapsrettslige regler.<sup>24</sup> EF-domstolen har videre slått fast at både traktatbestemmelser og direktiver på visse betingelser kan ha *direkte* virkning i medlemsstatene, uavhengig av en nasjonal mellomkommende myndighetshandling, som enn innføringslov eller annet vedtak i nasjonalforsamlingen.<sup>25</sup> EF-domstolen spiller en svært sentral rolle i utviklingen av EF-retten.<sup>26</sup> For det første har domstolen utviklet såkalte ”alminnelige rettsgrunnsetninger”, som prinsippene om proporsjonalitet, beskyttelse av berettigede forventninger, ikke-diskriminering og retten til innsyn og demokratisk kontroll i Fellesskapet. For det andre har domstolen en dynamisk tolkningsstil, som blant annet innebærer at den tar hensyn til den samfunnsmessige utviklingen ved tolkningen av fellesskapsrettslige regler.<sup>27</sup> På denne måten har EF-retten utviklet seg fra et rettssystem som i første rekke var ment å skulle ivareta økonomiske interesser, til et rettssystem som også tar hensyn til andre områder som henger sammen med og berøres av økonomisk integrasjon, som for eksempel kultur.

---

<sup>21</sup> Jf. avdeling XII i EF-traktaten (art. 151).

<sup>22</sup> Jf. art. 87(3) bokstav d i EF-traktaten.

<sup>23</sup> Prinsippet om fellesskapsrettens forrang ble første gang slått fast av EF-domstolen i sak 26/62 *Van Gend en Loos*, og bekreftet og presisert i sak 6/64 *Costa mot ENEL*.

<sup>24</sup> Dette følger også av *Van Gend en Loos*-saken.

<sup>25</sup> Prinsippet om *traktatbestemmelers* direkte virkning følger av sak 26/62 *Van Gend en Loos*, mens *direktivets* direkte virkning ble slått fast i sak 4/74 *Van Duyn*.

<sup>26</sup> Det finnes også en førsteinstansdomstol, som ble opprettet i 1988 for å avlaste EF-domstolen. Førsteinstansdomstolens praksis vil ikke bli nærmere behandlet.

<sup>27</sup> Jf. Due, *Hvad mener de dog? (Om læsning af EF-domstolens afgørelser)*, s. 132.

### 1.2.3 EØS

EØS-avtalen (*Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde*) ble inngått 2. mai 1992 mellom EU og EFTA-statene, med unntak av Sveits.<sup>28</sup> EØS-området er dermed betegnelsen på samarbeidsområdet mellom EU og EFTA-statene. Etter at Sverige, Finland og Østerrike gikk inn i EU i 1994, utgjør i dag Norge, Island og Liechtenstein EØS-landene. EØS-avtalen er gjennomført i norsk rett gjennom EØS-loven.<sup>29</sup> Samtidig med inngåelsen av EØS-avtalen, inngikk EFTA-statene en avtale om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol (*ODA-avtalen*). EFTAs overvåkingsorgan (ESA) har til oppgave å sikre at EFTA-statene overholder reglene i EØS-avtalen.<sup>30</sup> Dersom overvåkingsorganet finner at en EFTA-stat ikke overholder sine forpliktelser, kan det i siste instans bringe saken inn for EFTA-domstolen.<sup>31</sup> EFTA-domstolen skal ellers dømme i tvister mellom EFTA-statene, blant annet angående fortolkning av bestemmelser i EØS-avtalen.<sup>32</sup>

Formålet med EØS-avtalen er å knytte EFTA-statene til EFs indre marked, med sikte på å opprette et ensartet og dynamisk EØS-område, grunnlagt på felles regler.<sup>33</sup> De reglene som først og fremst er aktuelle i forhold til det indre marked er reglene om fri bevegelse for varer, tjenester, arbeidstakere og kapital.<sup>34</sup> Avtalen omfatter derfor reglene om fri bevegelse, i tillegg til de såkalte konkurransereglene, samt nærmere samarbeid på områder som forskning og utvikling, miljø, utdanning og sosialpolitikk.<sup>35</sup> EØS-avtalens hoveddel bygger på EF-traktaten slik denne lød før endringene som ble gjennomført ved EU-traktaten. Endringer i EFs traktatverk fra og med EU-traktaten har ikke blitt overført direkte til EØS-avtalen. Dette innebærer at ingen av de nye kulturbestemmelsene i EFs traktatverk er inntatt i EØS-avtalen. EFTA-domstolen har heller ikke slått fast de samme prinsippene om forrang og direkte effekt for EØS-retten som EF-domstolen har gjort for EF-rettens vedkommende. Likevel har EFTA-

---

<sup>28</sup> Med "EFTA-statene" menes Island, Norge og Liechtenstein, jf. EØS-avtalen art. 2 b).

<sup>29</sup> Jf. lov av 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.

<sup>30</sup> Jf. ODA art. 5(1).

<sup>31</sup> Op. cit. art. 31.

<sup>32</sup> Op. cit. art. 32.

<sup>33</sup> Jf. EØS-avtalens forale, avtalens art. 1 og protokoll 35 til avtalen.

<sup>34</sup> Jf. art. 14 (2) i EF-traktaten, der det indre marked defineres som "et område uten indre grenser, der fritt varebytte og fri bevegelse for personer, tjenester og kapital er sikret i samsvar med bestemmelsene i denne traktat".

<sup>35</sup> Jf. EØS-avtalen art. 1(2).

domstolen omtalt EØS-avtalen som ”an international treaty *sui generis* which contains a distinct legal order of its own”.<sup>36</sup>

### 1.3 Sentrale begreper

I dette avsnittet vil jeg forklare enkelte sentrale begreper i avhandlingen. Disse begrepene er ”handelshindringer” og ”diskriminering”, ”allmenne hensyn”, og ”kultur”, ”kulturgoder” og ”kulturpolitiske hensyn”. Begrepene er direkte knyttet til avhandlingens emne og problemstilling, og det er derfor viktig å forklare dem nærmere.

#### 1.3.1 Handelshindringer og diskriminering

Med ”handelshindringer” mener jeg alle nasjonale ordninger som vanskeliggjør handel med en vare, en tjeneste eller et annet gode. ”Diskriminering” (eller ”forskjellsbehandling”) foreligger, slik EF-domstolen har slått det fast, der *like* tilfeller behandles *ulikt*, eller der *ulike* tilfeller behandles *likt*.<sup>37</sup> Diskriminering kan for eksempel skje på grunnlag av en persons *statsborgerskap*, eller på grunnlag av en vares eller en tjenestes *opprinnelse*. Jeg legger EF-domstolens definisjon av diskriminering til grunn for den videre fremstilling.

Det følger av definisjonen av en handelshindring at begrepet både omfatter ordninger som virker diskriminerende, og ordninger som går ut på at like tilfeller behandles likt, men hvor resultatet likevel er at handelen vanskeliggjøres. Eksempler på førstnevnte type handelshindring er en momsfritaksordning som bare gjelder varer produsert i ett bestemt land, eller en importavgift som i realiteten bare rammer varer fra bestemte land. Et eksempel på en ikke-diskriminerende handelshindring er der land A innfører en regel som stiller krav til at en bestemt vare skal pakkes eller merkes på en bestemt måte for å kunne selges lovlig i A. Kravet gjelder likt uansett varens opprinnelse, men vil likevel innbære en handelshindring dersom en tilsvarende vare fra land B er pakket eller merket i samsvar med land Bs krav, men hvor disse kravene er annerledes enn i land A. Varen fra land B vil dermed ikke være godkjent for salg i land A, selv om den lovlig er pakket og merket i B. Kravene i land A vil derfor utgjøre en hindring på handel med den aktuelle varen, selv om kravene gjelder likt for alle varer og ikke behandler varer

---

<sup>36</sup> Jf. premiss 59 i sak E-9/97 *Erla María Sveinbjörnsdóttir mot The Government of Iceland*.

produsert i A forskjellig fra varer produsert i andre land. Både WTO-, EF- og EØS-retten forbyr handelshindringer som innebærer nasjonalitetsbestemt diskriminering, selv om dette kommer forskjellig til uttrykk i de tre regelverkene.<sup>38</sup> Et sentralt spørsmål blir om også *ikke-diskriminerende* handelshindringer rammes, noe som vil ha betydning for adgangen til å rettferdiggjøre handelshindringen i kulturpolitiske hensyn.

### 1.3.2 Allmenne hensyn

Dersom en nasjonal ordning utgjør en handelshindring, er det sentrale spørsmålet hvorvidt den kan rettferdiggjøres i kulturpolitiske hensyn. Noen slike hensyn fremkommer gjennom uttrykkelige unntak i WTO-avtalen, EF-traktaten og EØS-avtalen. Eksempler er bestemmelsen om filmkvoter i GATT 1947 art. IV, som er et unntak fra regelen om nasjonal behandling i art. III, og hensynet til nasjonale skatter av kunstnerisk, historisk eller arkeologisk verdi i EF art. 30 og EØS art. 13, som er et unntak fra forbudet mot kvantitative import- og eksportrestriksjoner og tiltak med tilsvarende virkning i EF art. 28 og 29, og EØS art. 11 og 12.

I tillegg til disse hensynene har EF-domstolen anerkjent en rekke *andre* ”allmenne hensyn” for EF-rettens vedkommende.<sup>39</sup> De allmenne hensyn kan bare påberopes overfor *ikke-diskriminerende* handelshindringer, forutsatt at det er proporsjonalitet mellom den handelshindrende ordningen og det formål som det allmenne hensynet skal ivareta. For *diskriminerende* handelshindringer har domstolen derimot bare godtatt de hensyn som kommer til uttrykk gjennom unntak i EF-traktaten og i EØS-avtalen. Selv om domstolen har anerkjent et bestemt allment hensyn i en sak, kan det tenkes at hensynet ikke slår igjennom i den konkrete saken, for eksempel på grunn av manglende proporsjonalitet. *Bull* mener at det i slike tilfeller må være forsvarlig å legge til grunn at rettspraksis likevel har fastslått vedkommende allmenne hensyn som lovlig i forhold til

---

<sup>37</sup> Jf. premiss 28 i sak 106/83 *Sermide*.

<sup>38</sup> I WTO kommer dette til uttrykk gjennom reglene om *nasjonal behandling* og *bestevilkårsbehandling*, jf. blant annet GATT 1947 art. I og III og GATS art. II og XVII. EF-traktaten har et generelt forbud mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling i art. 12, mens EØS-avtalen har et tilsvarende forbud i art. 4.

<sup>39</sup> At ikke-diskriminerende handelshindringer rammes av reglene om fri bevegelighet for varer, og at de kan begrunnes i allmenne hensyn (”mandatory requirements”), ble første gang fastslått i den såkalte *Cassis de Dijon*-saken (sak 120/78 *Rewe-Zentrale AG* mot *Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*). Domstolen angav her visse allmenne hensyn, men gav uttrykk for at angivelsen ikke var ment å være uttømmende (jf. premiss 8). Gjennom senere praksis har listen av allmenne hensyn blitt utvidet.

den type handelshindring saken dreier seg om.<sup>40</sup> Dette følger også ofte av domspremissene i saker der allmenne hensyn påberopes.

Eksempler på *kulturpolitiske* hensyn som EF-domstolen har godkjent, er hensynet til opphavsrett til et filmatisk verk,<sup>41</sup> hensynet til å fremme produksjon av kinofilm,<sup>42</sup> og hensynet til å sikre et pluralistisk og ikke-kommersielt statlig fjernsynssystem.<sup>43</sup> Eksempler på *andre* allmenne hensyn domstolen har godkjent er miljøvern hensyn,<sup>44</sup> hensynet til mangfold i pressen,<sup>45</sup> og hensynet til at sosiale og politiske prioriteringer kan påvirke nasjonale regler om åpningstider.<sup>46</sup> Domstolen har uttalt at listen over allmenne hensyn ikke er uttømmende, og har også sagt hvilke hensyn som *ikke* godtas. Dette gjelder for det første økonomiske hensyn, for eksempel å sikre det offentlige inntekter,<sup>47</sup> og såkalte forvaltningshensyn, som hensynet til forenkling av forvaltningens saksbehandling. Selv om ”allmenne hensyn” også kan brukes om de hensyn som fremgår direkte gjennom unntak i EF-traktaten og i EØS-avtalen,<sup>48</sup> velger jeg i det følgende å bruke begrepet bare om de hensyn som EF-domstolen har anerkjent for ikke-diskriminerende handelshindringer i EF-retten.<sup>49</sup> Begrunnelsen for dette er først og fremst det skillete domstolen selv har lagt til grunn mellom allmenne hensyn og uttrykkelige unntak i traktaten.<sup>50</sup>

### 1.3.3 Kultur, kulturgoder og kulturpolitiske hensyn

Kulturbegrepet er et svært omfattende begrep, og det ville føre for langt å gi en uttømmende samfunnsvitenskapelig definisjon og analyse av begrepet her. Jeg vil likevel ta med en definisjon, om ikke annet som et utgangspunkt for den

---

<sup>40</sup> Slik Bull, *Det indre marked for tjenester og kapital*, s. 74.

<sup>41</sup> Jf. premiss 17 i sak 62/79 *Coditel m.fl. mot Ciné Vog Films m.fl.*

<sup>42</sup> Jf. premiss 23 i saker 60 og 61/84 *Cinéthèque SA m.fl. mot Fédération nationale des cinémas français.*

<sup>43</sup> Jf. premiss 22-23 i sak C-288/89 *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda m.fl. mot Commissariaat voor de Media.*

<sup>44</sup> Jf. premiss 9 i sak 302/86 *Kommisjonen mot Danmark.*

<sup>45</sup> Jf. premissene 18-33 i sak C-368/95 *Familiapress mot Heinrich Bauer Verlag.*

<sup>46</sup> Jf. premissene 10-17 i sak 145/88 *Torfaen BC mot B & Q.*

<sup>47</sup> Jf. premiss 34 i sak 352/85 *Bond van Adverteerders m.fl. mot Nederland.*

<sup>48</sup> Bull legger en slik forståelse til grunn (s. 46).

<sup>49</sup> Slik også Ole Andreas Rognstad i Sejersted m.fl., *EØS-rett*, s. 233.

<sup>50</sup> Dette følger av *Cassis de Dijon*-saken. Domstolens uttalelser i premiss 8 synes å innebære at spørsmålet om en ikke-diskriminerende handelshindring kan rettferdiggjøres i et allment hensyn, skal være *adskilt* fra spørsmålet om unntakene i art. 30 kommer til anvendelse. ”Allmenne hensyn” (”mandatory requirements”) brukes dermed om hensyn som kan påberopes overfor en ikke-diskriminerende handelshindring, mens unntaket i art. 30 (og traktatfestede unntak fra de andre reglene om fri bevegelighet) brukes i forhold til diskriminerende handelshindringer.

rettvitenskapelige befatningen med kultur. *Hylland Eriksen* definerer kultur som ”det system av felles oppfatninger og væremåter som aktører har tilegnet seg som medlemmer av et samfunn”.<sup>51</sup> Generelt kan altså ”kultur” forstås som et *aspekt* ved dagliglivet, noe som gir mening til alt vi gjør, sier og omgir oss med.

I et handelsrettslig perspektiv vil en samfunnsvitenskapelig definisjon imidlertid være vanskelig å operasjonalisere; inngåelse av handelsavtaler kan i seg selv sies å være uttrykk for kultur. Når det i internasjonal handelsrett, og i rettsvitenskapen for øvrig, snakkes om kultur og kulturpolitiske hensyn, er det et snevrere kulturbegrep som legges til grunn. Dessuten er rettsvitenskapens oppgave ikke først og fremst å bestemme *hva* som er kultur og *hva* som ikke er det, men *hvilke rettslige konsekvenser* det har dersom noe først klassifiseres som kultur. Det finnes flere begreper som kan passe for å beskrive handel med det som etter en stats oppfatning tilhører eller gir uttrykk for nasjonal eller regional kultur og identitet. Både ”kulturgoder”, ”kulturuttrykk” og ”kulturelle varer og tjenester” er for så vidt anvendelige begreper. Jeg velger likevel å holde meg til begrepet ”kulturgoder” videre i denne fremstillingen. Jeg definerer ”kulturpolitiske hensyn” som de bakenforliggende begrunnelser stater benytter seg av når de treffer tiltak til fremme og beskyttelse av nasjonal kultur og identitet. Eksempler på slike hensyn er bevaring og vern av nasjonalspråket, fremme av nasjonal filmindustri og andre kulturelle ytringsformer, og bevaring av nasjonalt eierskap for kulturinstitusjoner.

#### 1.4 Metode

I dette avsnittet vil jeg si noe om hvilken *metode* som brukes for å løse rettsspørsmål i de respektive rettsystemene. En metode må ses fra perspektivet til en *rettsanvender*. Rettsanvenderen kan være enhver som tolker og anvender rettsregler, som for eksempel lovgiver, domstoler, advokater eller privatpersoner. Jeg velger her å se enkelte metodiske spørsmål ut fra et *domstolsperspektiv*, først og fremst på grunn av domstolenes sentrale rolle som rettsskaper, særlig i EF- og EØS-retten. Dette innebærer at det er EF- og EFTA-domstolens metodebruk som behandles for henholdsvis EF- og EØS-retten, og tvisteløsningsorganene i WTO for WTO-rettens vedkommende.

---

<sup>51</sup> Jf. Hylland Eriksen, *Små steder – Store spørsmål. Innføring i sosialantropologi*, s. 94.

### 1.4.1 WTO

WTO-avtalen er en folkerettslig avtale, og utgangspunktet for tolkningen av WTO-regelverket er dermed de alminnelige folkerettslige reglene om tolkning av traktater.<sup>52</sup> Disse reglene er i stor grad nedfelt i Wien-konvensjonen om traktatretten<sup>53</sup> som gjelder for ”traktater”.<sup>54</sup> WTO-avtalen er ”an international agreement concluded between states in written form and governed by international law” og omfattes derfor av konvensjonen.<sup>55</sup>

Det naturlige utgangspunktet for traktattolkning er traktatens ordlyd.<sup>56</sup> Dette kan sies å følge både av det folkerettslige suverenitetsprinsippet og avtaleaspektet ved traktater: statene skal ikke være bundet til mer enn det de uttrykkelig har samtykket i, og traktatens ordlyd er grunnlaget for dette samtykket. Traktatteksten har derfor stor rettskildemessig vekt. Et trekk ved folkeretten som skiller den fra nasjonale rettssystemer, er mangelen på et sentralt lovgivende organ. For at den enkelte folkerettslige avtale skal kunne utvikle seg i takt med samfunnsutviklingen, er det derfor et visst behov for *dynamisk* tolkning av traktater og andre folkerettslige regler.

WTOs tvisteløsningsorganer kjennetegnes ved at de tolker regelverket strengt etter ordlyden, i henhold til det metodiske utgangspunktet, og i mindre grad trekker inn momenter utenfor regelverket, for eksempel fra medlemsstatenes nasjonale rett, slik EF-domstolen til en viss grad gjør.<sup>57</sup> Dessuten tyder deler av tvisteløsningsorganenes praksis på at organene er lite villige til å anerkjenne at andre hensyn enn de rent økonomiske har innvirkning på hvordan handelshindrende tiltak fra medlemsstatene skal behandles. Regelverket tolkes først og fremst slik at de *handelsmessige* skadevirkningene av et tiltak blir minst mulig. Det kan synes som om organenes innstilling er å blande seg minst mulig inn i medlemsstatenes politiske prioriteringer. På den annen side viser organene liten vilje til å ta hensyn til slike prioriteringer i tilfeller hvor disse gir seg utslag i tiltak som rammes av WTO-regelverket. Vi kan oppsummere

---

<sup>52</sup> Jf. DSU art. 3(2).

<sup>53</sup> *Vienna Convention on the Law of Treaties*, av 23. mai 1969.

<sup>54</sup> Op. cit. art. 1.

<sup>55</sup> Op. cit. art. 2, 1. (a) jf. art. 1.

<sup>56</sup> Jf. Fleischer, *Folkerett*, s. 47 og Ruud m.fl., s. 56.



med å si at WTOs tvisteløsningsorganers tolkning av WTO-regelverket er ”frihandelsvennlig” og strengt *tekstuell*, men lite dynamisk. Dette kommer til uttrykk i *Canadian Periodicals*-saken<sup>58</sup> og i de såkalte *japanske alkoholskattesakene*,<sup>59</sup> som behandles nærmere i kapittel 3.

#### 1.4.2 EU

I likhet med WTOs tvisteløsningsorganer tar også EF-domstolen utgangspunkt i traktattekstens ordlyd ved tolkningen av traktater. Flere faktorer gjør det imidlertid langt mer usikkert å basere løsningen av et EF-rettslig spørsmål utelukkende på en ren tekstuell tolkning. For det første er både traktatverket og annen lovgivning autentiske på alle medlemslandenes språk, noe som gjør ulike oppfatninger av ord og uttrykk uunngåelig. For det andre er utarbeidelsen av selve traktattekstene et resultat av konsensus mellom de kontraherende parter, og teksten kan derfor være uttrykk for et kompromiss som ikke alle partene tolker på samme måte.<sup>60</sup>

EF-domstolen søker derfor å oppnå en større grad av *kontekstuell* tolkning, der bestemmelsene ses i sammenheng og under hensyn til sitt formål (såkalt *teleologisk* tolkning), slik dette kommer til uttrykk i traktatenes fortale og innledende bestemmelser. Det at domstolens avgjørelser skal fremstå som én avgjørelse uten at eventuelle dissenser fremkommer, gjør også at domstolens medlemmer søker å oppnå størst mulig grad av enighet, både om domspremissene og om resultatet.<sup>61</sup> Dette skaper en større ensartethet og kontinuitet i rettspraksis. Videre er domstolens tolkning *dynamisk* i den forstand at den tar hensyn til den samfunnsmessige utviklingen som har vært på et område siden vedtakelsen av den eller de bestemmelsene som angår dette området. Utarbeidelsen av de ”alminnelige rettsgrunnsetninger”, som ble nevnt ovenfor, er et annet eksempel. I tillegg kan det være verdt å ta i betraktning at EF-retten stadig befinner seg i en oppbyggingsfase. Dette gjør det naturlig for domstolen å ta

---

<sup>57</sup> Om EF-domstolens bruk av intern rett som rettskildefaktor, se Arnesen, *Introduksjon til rettskildelæren i EF*, s. 15 og s. 47-50.

<sup>58</sup> *Canada – Certain Measures Concerning Periodicals*, WT/DS31/R (panelrapport av 14. mars 1997); WT/DS31/AB (ankeorganets rapport av 30. juni 1997, vedtatt av DSB 30. juli 1997).

<sup>59</sup> *Japan – Customs Duties, Taxes and Labeling Practices on Imported Wines and Beverages*, panelrapport av 10. november 1987 (L/6216 – 34S/83), og *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R (panelrapport av 11. juli 1996); WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R (ankeorganets rapport av 4. oktober 1996).

<sup>60</sup> Jf. Due, s. 132.

<sup>61</sup> Op. cit. s. 130.

utgangspunkt i overordnede synspunkter i sine premisser, som for eksempel en formålsbestemmelse eller et alminnelig rettsprinsipp.<sup>62</sup> De fleste av EF-domstolens avgjørelser er preget av fransk tradisjon for dommers utforming og språkstil.<sup>63</sup> På samme måte som i franske dommer, er språket i domstolens avgjørelser skarpere og mer tilbøyelig til å understreke meningen, enn tilfellet for eksempel er med nordiske dommer. Vi kan oppsummere ved å si at EF-domstolen benytter seg av en formålsrettet, kontekstuell og dynamisk tolkningsmetode.

### 1.4.3 EØS

For EØS-rettens vedkommende, er det først og fremst verdt å trekke frem betydningen av EF-domstolens avgjørelser for tolkning og anvendelse av EØS-avtalen. Bestemmelsene i EØS-avtalen skal for det første tolkes i samsvar med de relevante avgjørelser fra EF-domstolen *før* undertegning av avtalen.<sup>64</sup> For det andre skal EFTAs overvåkingsorgan og EFTA-domstolen ta tilbørlig hensyn til avgjørelser av EF-domstolen *etter* undertegningen av avtalen (nærmere om dette i avsnitt 4.3 nedenfor).<sup>65</sup> Det mest markante trekket ved EFTA-domstolens praksis, er nok en omfattende bruk av praksis fra EF-domstolen, både fra før og etter undertegningen av EØS-avtalen, og tendensen til å legge EF-domstolens tolkningsresultater til grunn.<sup>66</sup> I tillegg til går et sentralt EØS-rettslig prinsipp ut på at bestemmelsene i EØS-avtalen skal tolkes *ensartet* og *dynamisk* i forhold til de tilsvarende reglene i EF-retten.<sup>67</sup> Prinsippet vil være relevant for spørsmålet om hvilken betydning endringer i EF-retten har ved fastleggelsen av gjeldende EØS-rett.

Reglene om fri bevegelse står sentralt i EØS-avtalen. For EF-rettens vedkommende har EF-domstolen anerkjent at *lovlige allmenne hensyn* kan rettferdiggjøre ordninger som rammes av disse reglene. EØS-avtalen har som målsetting å oppnå et ensartet EØS-område. Følger det av dette at EF-domstolens anerkjennelse av lovlige allmenne hensyn også vil omfattes av den praksis som er relevant ved tolkningen av EØS-avtalen? Spørsmålet behandles nærmere i kapittel 4.

---

<sup>62</sup> Jf. Due, s. 138-139.

<sup>63</sup> Ibid.

<sup>64</sup> Jf. EØS art. 6

<sup>65</sup> Jf. ODA art. 3(2).

<sup>66</sup> Jf. Sejersted m.fl., s. 175.

<sup>67</sup> Jf. EØS art. 1(1) og avtalens fortale.

### 1.5 Den videre fremstilling

Jeg vil først gi en fremstilling av den rettslige situasjonen på kulturområdet i EU, med vekt på EF-domstolens anerkjennelse av kultur som lovlig allment hensyn, samt EF-traktatens kulturbestemmelser (kapittel 2). Denne fremstillingen vil da tjene som utgangspunkt for spørsmålet om hvorvidt kultur kan hevdes å være et lovlig allment hensyn i WTO-retten (kapittel 3). Under dette kapitlet vil jeg i tillegg behandle andre muligheter WTO-medlemmer har for å begrunne et handelsbegrensende tiltak i kulturpolitiske hensyn. Til slutt vil jeg drøfte om kultur er et lovlig allment hensyn i EØS-retten (kapittel 4), blant annet på bakgrunn av EFTA-domstolens avgjørelse i *Einarsson-saken*.<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup> Sak E-1/01 *Hörður Einarsson mot Island*.

## 2 KULTUR I EU – BEVISSTGJØRING OG KODIFISERING

### 2.1 Innledning

I den seneste tiden, og spesielt siden opprettelsen av den Europeiske Union, har det funnet sted en betydelig politisk og rettslig utvikling av kulturområdet i EU. På det rettslige plan har kulturhensyn blitt styrket gjennom vedtagelsen av Maastricht-traktaten i 1992, som blant annet introduserte en ny avdeling om kultur i EF-traktaten<sup>69</sup> (jf. avsnitt 2.6 nedenfor) og et nytt kulturunntak fra forbudet mot statsstøtte (jf. avsnitt 2.5 nedenfor).<sup>70</sup> På det politiske plan har det vært en økt bevisstgjøring om den *felles* europeiske kulturarv, som blant annet har vist seg gjennom europeiske filmfestivaler, fokus på europeisk kultur i skoler og ulike støtteprogrammer for europeisk kultur. Samtidig har respekt for og fremme av de enkelte medlemslandenes *nasjonale* og *regionale* kulturer blitt en uttalt målsetting, som blant annet har kommet til uttrykk gjennom årlige utnevnelser av europeiske *kulturbyer*.

Økonomisk integrasjon har likevel vært, og er fremdeles, en høyt prioritert målsetting i EU. Fri bevegelighet for varer, tjenester, personer og kapital innad i unionen, samt prinsippet om fri konkurranse, er de mest sentrale virkemidlene for å nå dette målet. En rekke goder som det drives handel med, gir i større eller mindre grad uttrykk for nasjonal kultur og identitet, og vil kunne karakteriseres som *kulturgoder*. Det er derfor naturlig å tenke seg at reglene om fri bevegelighet også resulterer i en ikke ubetydelig *kulturell* integrasjon og utveksling mellom medlemmene i unionen. Det har imidlertid vist seg at medlemslandene i ulik grad ønsker å verne om sin egen kultur og å hindre goder som representerer det som oppfattes som fremmed kultur, i å bevege seg inn i deres land. Med andre ord kan det hevdes at økt integrasjon og utveksling av goder innad i EU har medført nye typer handelshindringer begrunnet i kulturpolitiske hensyn.<sup>71</sup>

Først i dette kapitlet vil jeg gi en oversikt over de mest sentrale materielle reglene i EF-retten. Jeg kommer ikke til å behandle disse reglene fullt ut, men konsentrere meg om det som etter min oppfatning er mest relevant for kulturområdet. Dernest vil jeg

---

<sup>69</sup> Jf. avdeling XII (art. 151) i EF-traktaten.

<sup>70</sup> Jf. EF art. 87(3) bokstav d.

<sup>71</sup> Jf. Thuesen, *Produktbeskyttelse og kulturell integrasjon i EU*, s. 1017.

forholdsvis kort ta for meg i hvilke tilfeller en handelshindring rammes av reglene om fri bevegelse, med andre ord når den er *ulovlig*. Dette er av sentral betydning ettersom det bare er i de tilfellene hvor en handelshindring i utgangspunktet er *ulovlig* at det er relevant å spørre hvilke kulturpolitiske hensyn som eventuelt kan rettferdiggjøre den, med andre ord gjøre den *lovlig*. Derneft skal jeg konsentrere meg om *når* en ulovlig handelshindring som rammes av reglene om fri bevegelse kan rettferdiggjøres i kulturpolitiske hensyn. Så tar jeg for meg reglene om statsstøtte, og ser nærmere på hvilke vilkår som må være oppfylt for at statsstøtte til fremme av kultur skal anses som lovlig. Til slutt drøfter jeg nærmere hvilken rettslig betydning art. 151 har, særlig i forhold til å rettferdiggjøre ulovlige handelshindringer.

## 2.2 Det rettslige utgangspunkt: fri bevegelse og fri konkurranse

Det rettslige utgangspunktet i EU er for det første at tiltak som hindrer fri bevegelse for varer, tjenester, personer og kapital er forbudt.<sup>72</sup> I forhold til kulturgoder har dette utgangspunktet to konsekvenser. For det første er det som hovedregel forbudt å hindre fri bevegelse begrunnet i *hensynet* til kultur. For det andre er tiltak som hindrer fri bevegelse for *selve* kulturgodene forbudt.

At også kulturgoder omfattes av reglene om fri bevegelse ble slått fast av EF-domstolen i *Italian Art Treasures*-saken.<sup>73</sup> Saken gjaldt en italiensk avgift på eksport av kunstgjenstander til andre medlemsland, som i følge Kommisjonen var i strid med nåværende art. 25 i EF-traktaten. Art. 25 er en del av regelverket om fri bevegelse for varer og forbyr blant annet avgifter med tilsvarende virkning som toll på eksport. Italia hevdet at kunstgjenstander ikke var ”varer” i vanlig forstand og at de derfor ikke var omfattet av reglene om fri bevegelse. EF-domstolen forkastet Italias argumenter og slo fast at alle produkter som er gjenstand for økonomiske transaksjoner, faller inn under reglene om fri bevegelse, uansett øvrige kvaliteter. Det kan hevdes at det strengt tatt ikke var behov for noen domstolsavgjørelse for å komme til denne konklusjonen. EF-traktaten gir selv anvisning på at unntak fra reglene om fri bevegelse for varer kan begrunnes i hensynet til ”nasjonale skatter av kunstnerisk,

---

<sup>72</sup> Reglene i avdeling I i EF-traktatens tredje del gjelder det frie varebytte, mens reglene i avdeling III i den samme delen gjelder fri bevegelse for personer, tjenester og kapital.

<sup>73</sup> Sak 7/68 *Kommisjonen mot Italia*, premiss 1, s. 428-429.

historisk eller arkeologisk verdi”, jf. art. 30. Det hadde ikke vært behov for en bestemmelse som gjorde unntak for en *begrenset* kategori kulturgoder hvis regelen om fri bevegelse for varer ikke gjaldt for *alle* kulturgoder i utgangspunktet.<sup>74</sup> Det er i forhold til reglene om fri bevegelse EF-domstolen har anerkjent kultur som lovlig allment hensyn. Det er derfor disse reglene jeg vil konsentrere den videre fremstillingen i dette kapitlets om.

Konkurransereglene i EF-traktaten er i mindre grad interessante i *denne* sammenheng.<sup>75</sup> Jeg avgrenser derfor mot en nærmere redegjørelse for disse reglene, bortsett fra forbudet mot *statsstøtte*, som skal behandles nærmere i avsnitt 2.5 nedenfor. Jeg vil likevel nevne at organisasjoner og selskaper som driver kulturell virksomhet, som for eksempel presseorganisasjoner og film- og fjernsynsselskaper, regnes som ”foretak” i henhold til konkurransereglene i EF art. 81 og 82. I *Sacchi*-saken<sup>76</sup> hevdet Italia og Tyskland at siden fjernsynsselskaper har oppgaver av informativ og kulturell art, kan de *ikke* regnes som foretak i EF-traktatens forstand.<sup>77</sup> EF-domstolen la til grunn at de *var* foretak, og la blant annet vekt på at selskapenes aktivitet var av økonomisk natur.<sup>78</sup> For å avgjøre om en bestemt aktivitet omfattes av regelverket, ser vi at EF-domstolen, i likhet med tilfellet i *Italian Art Treasures*, legger avgjørende vekt på om aktiviteten har et *økonomisk* element. De bakenforliggende kulturelle hensyn hadde ikke avgjørende betydning. Denne tilnærmingen kan forklares med at domstolen ønsker å etablere en konsekvent praksis som bidrar til utviklingen av det indre marked.

Så langt har vi sett at både reglene om fri bevegelse og konkurransereglene er anvendelige på kulturgoder og på kulturelle aktiviteter. Vi skal nå se nærmere på *når* en handelshindring anses for ulovlig, for på bakgrunn av dette å kunne si noe om i hvilken grad handelshindringen kan rettfærdiggjøres i kulturpolitiske hensyn.

---

<sup>74</sup> Slik de Witte, *The Cultural Dimension of Community Law*, s. 239.

<sup>75</sup> Reglene går i korthet ut på at tiltak som har til formål eller virkning å hindre konkurransen på det felles marked, som for eksempel prissamarbeid, er forbudt. Dette følger av EF art. 81. Videre rammes tilfeller hvor et foretak på en utilbørlig måte utnytter en situasjon der foretaket har en dominerende posisjon i markedet, jf. EF art. 82.

<sup>76</sup> Sak 155/73 *Sacchi*.

<sup>77</sup> Op. cit. premiss 13.

<sup>78</sup> Op. cit. premiss 14.

## 2.3 Når rammes en handelshindring av reglene om fri bevegelse?

Siktemålet med dette avsnittet er for det første å skissere kort reglene for fri bevegelse i EF-traktaten, dernest å gi en oversikt over i hvilke tilfeller en handelshindring rammes av disse reglene. Innebærer reglene kun et diskrimineringsforbud, eller rammes også ikke-diskriminerende handelshindringer? Dette spørsmålet har betydning for hvorvidt en handelshindring kan begrunnes i et kulturpolitisk hensyn, og andre lovlige allmenne hensyn. Dersom reglene kun innebærer et *diskrimineringsforbud*, vil det bare være de uttrykkelige unntakene i traktaten som kan påberopes overfor handelshindringen. Rammes også *ikke-diskriminerende* handelshindringer, vil adgangen til unntak utvides med andre hensyn utover de som følger av traktaten.

### 2.3.1 Varer

Reglene om fri bevegelse for varer kan deles i tre. For det første forbys toll på import og eksport av varer, og avgifter med tilsvarende virkning.<sup>79</sup> Forbudet gjelder situasjonen *i det* varen passerer en grense. For det andre rammes interne avgifter som direkte eller indirekte legges på varer fra andre medlemsstater og som er høyere enn de som legges på tilsvarende innenlandske varer.<sup>80</sup> Forbudet gjelder situasjonen *etter* grensepasseringen. En medlemsstat skal derfor ikke kunne omgå forbudet mot toll ved å pålegge en vare en tilsvarende finansiell byrde så snart varen har passert dens grense.<sup>81</sup> For det tredje forbys kvantitative import- og eksportrestriksjoner og tiltak med tilsvarende virkning.<sup>82</sup>

Mens det bare er *diskriminerende* interne avgifter som er forbudt, rammer forbudet mot toll og tollignende avgifter også ikke-diskriminerende handelshindringer. Dette følger for det første av ordlyden i de to bestemmelsene.<sup>83</sup> For det andre har EF-domstolen slått fast at det er *effekten* av toll og tollignende avgifter som er avgjørende for om den

---

<sup>79</sup> Jf. EF art. 25.

<sup>80</sup> Jf. EF art. 90.

<sup>81</sup> Jf. Craig/de Búrca, *EU Law*, s. 561.

<sup>82</sup> Jf. EF art. 28-30.

<sup>83</sup> Kjernen i art. 90 er at utenlandske varer ikke skal diskrimineres i forhold til tilsvarende innenlandske varer ved å pålegges høyere interne avgifter enn disse. Art. 25 slår derimot fast et generelt forbud mot toll og tollignende avgifter på handel med varer mellom medlemsstatene, uten at diskriminering gjøres til et vilkår.

rammes av forbudet mot toll på import og eksport, uansett om *formålet* med dem ikke har vært å beskytte innenlandske varer.<sup>84</sup>

Inntil avgjørelsen i *Cassis*-saken<sup>85</sup> innebar forbudet mot kvantitative restriksjoner et *diskrimineringsforbud*. Både direkte og indirekte diskriminerende handelshindringer var omfattet, slik dette ble formulert i *Dassonville*-saken,<sup>86</sup> der begrepet tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon ble tolket til å omfatte ”(...) All trading rules enacted by Member States which are capable of hindering directly or indirectly, actually or potentially, intra-Community trade”.<sup>87</sup> I *Cassis*-saken slo domstolen fast at også ikke-diskriminerende handelshindringer rammes av forbudet mot kvantitative restriksjoner og tiltak med tilsvarende virkning, med mindre de kan rettferdiggjøres i et allment hensyn.<sup>88</sup> Situasjonen etter *Cassis* er at *diskriminerende* handelshindringer bare kan rettferdiggjøres i de hensyn som uttrykkelige står nevnt i art. 30. *Ikke-diskriminerende* handelshindringer er derimot bare omfattet av art. 28 dersom de ikke kan begrunnes i et lovlig allment hensyn. Diskriminering er altså et tilstrekkelig, men ikke nødvendig, vilkår for at en handelshindring skal omfattes av art. 28.<sup>89</sup>

Domstolens linje fra *Cassis* blir myket noe opp i *Keck*-saken.<sup>90</sup> Her slår domstolen fast at det likevel ikke er alle ikke-diskriminerende handelshindringer som må rettferdiggjøres i et lovlig allment hensyn. Den såkalte *Keck-doktrinen* innebærer et skille mellom produktkrav for en vare (krav til blant annet form, vekt, merking og emballasje) og salgsmåter (regulering av bestemte former for salg, som for eksempel innføring av søndagsstengte butikker). For produktkrav gjelder fremdeles prinsippet fra *Cassis*, mens regulering av salgsmåter ikke ble ansett for å innebære en hindring av samhandelen i en slik grad at det var behov for å rettferdiggjøre dem i allmenne hensyn. Forutsetningen var at slike reguleringer ikke innebar noen former for forskjellsbehandling. Domstolens tilnærming i *Dassonville*- og *Cassis*-sakene støttes også av ordlyden i art. 28 og 29, som ikke stiller opp diskriminering som vilkår for å

---

<sup>84</sup> Jf. saker 2 og 3/69 *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders* mot *SA Ch. Brachfeld & Sons*.

<sup>85</sup> Sak 120/78 *Rewe-Zentral AG* mot *Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (“*Cassis de Dijon*”).

<sup>86</sup> Sak 8/74 *Procureur du Roi* mot *Gustave Dassonville*.

<sup>87</sup> Jf. *Dassonville*, premiss 5.

<sup>88</sup> Jf. *Cassis*, premiss 14.

<sup>89</sup> Jf. *Craig/de Búrca*, s. 581.

<sup>90</sup> Saker C-267 og 268/91 *Straffesaker mot Bernard Keck og Daniel Mithouard*.



rammes av forbudet.<sup>91</sup> Konklusjonen når det gjelder varer, er altså at både diskriminerende og ikke-diskriminerende restriksjoner rammes av reglene i EF-traktaten.

### 2.3.2 Arbeidstakere

Reglene om fri bevegelse for arbeidstakere innebærer frihet til å flytte innen Fellesskapet for å ta faktisk tilbudt arbeid der og å oppholde seg i den staten arbeidet tilbys, på samme vilkår som borgere av vedkommende stat.<sup>92</sup> Også reglene om arbeidstakere har tradisjonelt vært ansett for kun å innebære et forbud mot nasjonalitetsbestemt diskriminering. Dette støttes av ordlyden i EF art. 39.<sup>93</sup> Likevel slo domstolen fast i *Bosman-saken*<sup>94</sup> at også ikke-diskriminerende handelshindringer rammes av reglene.

### 2.3.3 Etablering

Etableringsretten innebærer en rett til å starte og utøve selvstendig næringsvirksomhet i en annen medlemsstat enn sin egen.<sup>95</sup> Restriksjoner på denne adgangen skal være forbudt.<sup>96</sup> Reglene om etableringsretten har tradisjonelt vært ansett utelukkende som et forbud mot nasjonalitetsbestemt diskriminering.<sup>97</sup> Dette støttes av ordlyden i EF art. 43 annet ledd.<sup>98</sup> Imidlertid har EF-domstolen etter hvert også lagt til grunn at ikke-

---

<sup>91</sup> Art. 28 lyder: "Kvantitative importrestriksjoner og alle tiltak med tilsvarende virkning skal være forbudt mellom medlemsstatene". Art. 29 gjelder *eksportrestriksjoner* og er ellers likelydende med art. 28.

<sup>92</sup> Jf. EF art. 39(2) og (3).

<sup>93</sup> Art. 39(2) lyder: "Den frie bevegelse innebærer at all forskjellsbehandling av arbeidstakere fra medlemsstatene på grunnlag av statsborgerskap skal avskaffes når det gjelder sysselsetting, lønn og andre arbeidsvilkår".

<sup>94</sup> Sak C-415/93 *Bosman*. Domstolen fant i denne saken at overgangsreglene i fotballklubber hindret spillere fra én klubb fri bevegelse til en annen klubb. Reglene ble derfor ansett for å være i strid med art. 39, selv om systemet gjaldt likt for spilleroverganger mellom to klubber innen samme medlemsstat og for overgang mellom klubber i ulike medlemsstater, og gjaldt uavhengig av nasjonalitet. Det avgjørende var at systemet skapte en *hindring* for fri bevegelse av spillere (premiss 103). Jf. også sak C-18/95 *Terhoeve*. Saken gjaldt en nederlandsk regel som førte til større skattebelastning for dem som hadde hatt deler av sin skattbare inntekt det året i utlandet, enn for dem som hadde hatt samme inntekt bare i Nederland. Nederlandske myndigheter påstod at denne regelen først og fremst rammet nederlandske borgere. EF-domstolen sa imidlertid at dette var irrelevant, da nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling ikke er et vilkår for at det skal foreligge en handelshindring.

<sup>95</sup> Jf. EF art. 43 annet ledd.

<sup>96</sup> Jf. EF art. 43 første ledd.

<sup>97</sup> Jf. blant annet sak 221/85 *Kommisjonen mot Belgia*, premiss 9 og 10.

<sup>98</sup> Art. 43 annet ledd lyder: "Etableringsadgangen skal omfatte adgang til å starte og utøve selvstendig næringsvirksomhet og til å opprette og lede foretak (...) på de vilkår som lovgivningen i etableringslandet fastsetter for egne borgere".

diskriminerende handelshindringer rammes, som i *Gebhard*-saken.<sup>99</sup> Selv om saksforholdet i *Gebhard* kan tolkes dit hen at det dreide seg om en *indirekte diskriminerende* handelshindring, og altså ingen *ikke-diskriminerende* handelshindring, gir domstolen i generelle ordelag likevel uttrykk for at diskriminering ikke er et nødvendig vilkår for at en handelshindring skal rammes av reglene, inkludert etableringsreglene.<sup>100</sup> Praksis etter *Gebhard* tyder på at EF-domstolen har fortsatt å legge til grunn at også ikke-diskriminerende handelshindringer rammes av etableringsreglene.<sup>101</sup>

### 2.3.4 Tjenester

Retten til å yte tjenester innebærer en rett til å drive økonomisk aktivitet for en begrenset periode i en medlemsstat hvor enten tjenesteyter eller tjenestemottaker *ikke* er etablert.<sup>102</sup> For å bestemme om en selvstendig næringsdrivende omfattes av reglene om etablering eller tjenester er det altså nødvendig å se på om den økonomiske aktiviteten vedkommende driver er av midlertidig eller permanent karakter.<sup>103</sup> Ordlyden i EF art. 50 taler for at tjenestereglene kun innebærer et diskrimineringsforbud.<sup>104</sup> At også ikke-diskriminerende handelshindringer rammes av tjenestereglene følger av *Säger*-saken.<sup>105</sup> Her uttalte domstolen at reglene om fri bevegelighet for tjenester nå krever ”opphevelse av enhver restriksjon, uavhengig av nasjonalitetsbestemt diskriminering, som kan være til hinder for den virksomhet som utøves av en tjenesteyter med hjemsted i en annen medlemsstat hvor han lovlig yter tilsvarende tjenester”.<sup>106</sup> En annen relevant avgjørelse er *Van Binsbergen*-saken,<sup>107</sup> der domstolen slår fast et *Cassis*-aktig prinsipp om at ikke-

---

<sup>99</sup> Sak 55/94 *Gebhard* mot *Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*.

<sup>100</sup> Jf. premiss 37, der domstolen slår fast at en handelshindring må oppfylle fire vilkår for ikke å rammes av reglene om fri bevegelighet: den må være ikke-diskriminerende, begrunnet i tvingende samfunnsmessige hensyn, egnet til å sikre oppnåelsen av sitt formål og ikke gå lenger enn hva som er nødvendig for å oppnå formålet.

<sup>101</sup> Jf. blant annet sak C-255/97 *Pfeiffer* og sak C-108/96 *Grandvision*. Due er også av samme oppfatning (s. 143).

<sup>102</sup> Jf. EF art. 49 første ledd og art. 50 annet ledd.

<sup>103</sup> Jf. blant annet premiss 21 i sak 205/84 *Kommisjonen* mot *Tyskland* og premiss 27 i sak C-55/94 *Gebhard*.

<sup>104</sup> Dette følger av EF art. 50 siste ledd, som slår fast at tjenesteyteren har rett til å utøve sin virksomhet ”på samme vilkår som vedkommende stat fastsetter for sine egne borgere”. Dette støttes også delvis av art. 54, som lyder: ”Så lenge restriksjonene på adgangen til å yte tjenester ikke er opphevet, skal hver medlemsstat anvende dem overfor alle tjenesteytere som omfattes av art. 49 første ledd, uten å gjøre forskjell på grunnlag av statsborgerskap eller bosted.”

<sup>105</sup> Sak C-76/90 *Säger*

<sup>106</sup> Jf. premiss 12.

<sup>107</sup> Sak 33/74 *Van Binsbergen*.

diskriminerende handelshindringer kan rettfærdiggjøres i et allment offentlig hensyn. Mens *Säger* gjaldt hindringer tjenesteyteren møtte i *vertslandet* for tjenesteytelsen, slår *Alpine Investments*-saken<sup>108</sup> fast at tjenestereglene også omfatter ikke-diskriminerende restriksjoner tjenesteyteren møter i sitt *hjemland*. Slike restriksjoner vil som hovedregel være ulovlige.<sup>109</sup>

### 2.3.5 Kapital

Kapitalreglene innebærer et forbud mot restriksjoner på kapitalbevegelser mellom medlemsstatene og mellom medlemsstatene og tredjeland.<sup>110</sup> Den tradisjonelle oppfatningen i juridisk teori har vært at en "kapitalbevegelse" kjennetegnes ved at det skjer en *ensidig verdioverføring* fra ett land til et annet, som for eksempel ved långiving, direkte investeringer og kjøp av fast eiendom.<sup>111</sup> Ordlyden i art. 56 trekker i retning av at også ikke-diskriminerende handelshindringer omfattes.<sup>112</sup> Det foreligger hittil ingen avgjørelser fra EF-domstolen som direkte angår spørsmålet om hvorvidt også ikke-diskriminerende handelshindringer rammes. Men domstolens generelle uttalelse i *Gebhard*-saken taler for at de gjør det. Her slår domstolen fast at nasjonale tiltak som er til hinder for "the exercise of fundamental freedoms guaranteed by the Treaty" som hovedregel rammes av reglene for fri bevegelse. Kapitalreglene, som én av de fire friheter, hører naturlig med blant "fundamental freedoms". Dessuten ville det stemme dårlig overens med domstolens linje på områdene for de andre frihetene at kapitalreglene *ikke* skulle omfatte også ikke-diskriminerende handelshindringer.<sup>113</sup> Jeg konkluderer derfor med at reglene om fri bevegelse for kapital også rammer ikke-diskriminerende restriksjoner.

## 2.4 Når kan en handelshindring som rammes av reglene om fri bevegelse begrunnes i kulturpolitiske hensyn?

Vi så under forrige avsnitt at reglene om fri bevegelse i EF-traktaten i utgangspunktet rammer både diskriminerende og ikke-diskriminerende handelshindringer. Spørsmålet

---

<sup>108</sup> Sak C-384/93 *Alpine Investments*.

<sup>109</sup> Jf. premiss 37.

<sup>110</sup> Jf. EF art. 56(1).

<sup>111</sup> Jf. Sejersted m.fl., s. 274.

<sup>112</sup> Art. 56(1) lyder: "Innen rammene av bestemmelsene i dette kapitlet er alle restriksjoner på kapitalbevegelser medlemsstatens imellom og mellom medlemsstatene og tredjeland forbudt".

<sup>113</sup> Jf. Bull, s. 535.

under dette avsnittet er om og i hvilken grad en handelshindring som rammes av reglene om fri bevegelighet *lovlig* kan begrunnes i kulturpolitiske hensyn. I hele EFs traktatverk er hensynet til nasjonale skatter av kunstnerisk, historisk eller arkeologisk verdi i EF art. 30 det eneste uttrykkelige kulturunntaket som kan rettferdiggjøre en *diskriminerende* handelshindring på området for fri bevegelighet. Jeg vil derfor først behandle unntaket i art. 30, deretter ta for meg kultur som lovlig allment hensyn. Jeg har ikke som ambisjon å foreta en *uttømmende* behandling av EF-domstolens rettspraksis på kulturområdet, men vil heller forsøke å komme frem til generelle betraktninger gjennom et utvalg av noen av de mest sentrale sakene.

#### 2.4.1 EF art. 30 – beskyttelse av nasjonale skatter

Art. 30 er et unntak fra forbudet mot kvantitative import- og eksportrestriksjoner og tiltak med tilsvarende virkning, jf. art. 28 og 29. Bestemmelsen slår fast at kvantitative restriksjoner og tiltak med tilsvarende virkning likevel er *lovlige* dersom de er begrunnet ut fra bestemte hensyn, blant annet hensynet til vern av nasjonale skatter av kunstnerisk, historisk eller arkeologisk verdi. De andre er hensynet til offentlig moral, orden og sikkerhet, vernet om menneskers og dyrs liv og helse, plantelivet og det industrielle eller kommersielle rettsvern. Forutsetningen for at disse hensynene kan påberopes overfor en handelshindring i strid med art. 28 og 29, er at handelshindringen ”ikke må kunne brukes til vilkårlig forskjellsbehandling eller være en skjult hindring på handelen mellom medlemsstatene”. En diskriminerende handelshindring kan bare rettferdiggjøres gjennom de unntakene som uttrykkelig nevnes i art. 30.<sup>114</sup>

Art. 30 er bygget over samme lest som art. XX i GATT-avtalen (jf. avsnitt 3.3.2 nedenfor). Bestemmelsen omfatter en avgrenset gruppe kulturgoder, og har aldri blitt tolket av EF-domstolen til å omfatte andre kulturgoder enn de som uttrykkelig er nevnt.<sup>115</sup> Hvilke goder som omfattes av definisjonen ”nasjonale skatter av kunstnerisk, historisk eller arkeologisk verdi”, er det opp til medlemsstatene å bestemme.<sup>116</sup> Alle medlemsstatens språk er ”offisielle” i den forstand at ingen språkversjon av traktatene

---

<sup>114</sup> Dette følger av *Cassis*-saken (sak 120/78) og rettspraksis i kjølvannet av denne. Jf. også Craig/de Búrca, s. 604.

<sup>115</sup> I følge Craig/de Búrca har EF-domstolen generelt tolket unntakene i art. 30 strengt (s. 595).

<sup>116</sup> Fortalen til Forordning 3911/92 legger til grunn at dette er opp til medlemsstatene.

eller avledet lovgivning er mer autentisk enn en annen.<sup>117</sup> Dermed kan resultatet bli at ett lands tolkning av ”nasjonale skatter” er videre og omfatter andre og flere goder enn det som ligger i et annet lands tolkning. Konsekvensen kan bli at et land kan begrunne en diskriminerende handelshindring i hensynet til et gode som i følge nasjonal tolkning omfattes av ”nasjonale skatter”, men som ville falle utenfor et annet lands definisjon.

Unntaket for nasjonale skatter er begrenset til handelshindringer i strid med art. 28 og 29. Dette følger av *Italian Art Treasures*-saken.<sup>118</sup> Italia hadde opprettholdt en avgift på eksport av gjenstander av kunstnerisk, historisk, arkeologisk eller etnografisk verdi til andre medlemsstater. Kommisjonen hevdet at avgiften var en ”avgift med tilsvarende virkning som toll på eksport”, i strid med EF art. 25. Italia hevdet at gjenstander av kunstnerisk, historisk, arkeologisk eller etnografisk verdi ”cannot be assimilated to ’consumer goods or articles of general use’”, og var derfor ikke underlagt ”the provisions of the treaty which apply to ’ordinary merchandise’”.<sup>119</sup> EF-domstolen slo fast at unntaket bare gjaldt forbudet mot kvantitative restriksjoner og tiltak med tilsvarende virkning, og la blant annet vekt på at art. 30 står plassert i kapitlet om kvantitative restriksjoner og at anvendelsesområdet for bestemmelsen nevnes spesielt i art. 30.<sup>120</sup> Unntaket for nasjonale skatter i art. 30 har dermed et snevrere virkeområde enn det tilsvarende unntaket i GATT art. XX, som gjelder unntak fra *hele* GATT-avtalen.<sup>121</sup> Alt i alt kan det konkluderes med at anvendelsesområdet for art. 30 er relativt snevert.

#### 2.4.2 EF-domstolen og diskriminerende handelshindringer

Jeg vil i dette avsnittet se nærmere på hvordan EF-domstolen har vurdert kulturpolitiske hensyn som har blitt påberopt overfor *diskriminerende* handelshindringer. Her har EF-domstolen vært lite villig til å godta andre hensyn enn de som fremkommer uttrykkelig i traktatverket. Dette kan forklares med den sentrale posisjonen reglene om fri bevegelse har for utviklingen og effektiviseringen av det indre marked.

---

<sup>117</sup> Jf. Arnesen, s. 4.

<sup>118</sup> Sak 7/68 *Kommisjonen mot Italia* (*Italian Art Treasures*).

<sup>119</sup> Jf. premiss 1.

<sup>120</sup> Jf. *Italian Art Treasures*, premiss 3.

<sup>121</sup> Dette følger av ordlyden i art. XX: ”Under forutsetning av at slike forholdsregler ikke blir anvendt på en måte som vil medføre vilkårlig eller uberettiget diskriminering mellom land hvor de samme forhold gjør seg gjeldende, (...) skal *ingen bestemmelser i denne Avtale* forstås slik at de hindrer en kontraherende part fra å innføre eller gjennomføre forholdsregler (mine uthevninger)”.

Et tidlig eksempel på at domstolen vurderte kulturpolitiske hensyn som ble påberopt overfor en *diskriminerende* handelshindring, er *Leclerc*-saken.<sup>122</sup> Saken gjaldt spørsmålet om hvorvidt det franske fastprissystemet for bøker var i samsvar med reglene om fri bevegelighet for varer. Systemet gikk ut på at importøren eller distributøren for alle bøker publisert i og importert til Frankrike kunne sette en fast bokpris som var bindende for bokhandlere. Bokhandlerkjeden *Leclerc* var kjent for å selge bøker til lavere pris enn det som var fastsatt, og ble anmeldt for brudd på loven. *Leclerc* påberopte seg at ordningen var i strid med reglene om fri bevegelighet for varer. Franske myndigheter innrømmet at fastprissystemet muligens kunne skape restriksjoner på handelen med varer, men begrunnet det i forbrukervern og kulturpolitiske hensyn: et fastprissystem for bøker ville beskytte eksistensen av spesialbokhandler og dermed fremme mangfold og kvalitet i bokbransjen.

Domstolen slår først fast at fastprisordningen utgjør ”et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon”,<sup>123</sup> som bare kan rettfærdiggjøres gjennom unntakene som er uttrykkelig nevnt i EF art. 30.<sup>124</sup> Ettersom art. 30 er et unntak fra en fundamental regel i traktaten, fortsetter domstolen, må bestemmelsen tolkes strengt og kan ikke utvides til å gjelde andre hensyn enn de som uttrykkelig er nevnt der.<sup>125</sup> Verken beskyttelse av forbrukerinteresser eller beskyttelse av kulturelt mangfold i bokbransjen er nevnt, og slike hensyn kan derfor ikke godtas. Domstolen legger avgjørende vekt på at art. 30 er et unntak fra en *fundamental* traktatregel. Ettersom de andre reglene om fri bevegelighet må kunne sies å være like fundamentale, må denne delen av avgjørelsen ha overføringsverdi på de andre frihetene; heller ikke her kan diskriminerende handelshindringer rettfærdiggjøres i kulturpolitiske hensyn, ettersom slike hensyn ikke nevnes uttrykkelig i de respektive reglene.

*De Witte* mener den rettslige situasjonen som oppstår som følge av avgjørelsen ”might seem rather unfair”.<sup>126</sup> EF-domstolen har på den ene siden tolket reglene om fri bevegelighet til også å omfatte kulturgoder,<sup>127</sup> på tross av at slike goder ikke er

---

<sup>122</sup> Sak 229/83 *Leclerc* mot *Au blé vert*.

<sup>123</sup> Jf. premiss 26.

<sup>124</sup> Jf. premiss 29.

<sup>125</sup> Jf. premiss 30.

<sup>126</sup> Jf. *De Witte*, *The Cultural Dimension*, s. 256.

<sup>127</sup> Jf. sak 7/68 *Kommisjonen* mot *Italia*.

uttrykkelig nevnt i traktaten. Samtidig vil domstolen ikke anerkjenne at kulturpolitiske hensyn kan utgjøre unntak i forhold til disse reglene *fordi* slike unntak ikke er uttrykkelig nevnt i traktaten. Han har for så vidt et poeng. Samtidig gir ikke EF-traktaten seg ut for å gi noen uttømmende definisjon av hva en "vare" er, eller hvilke varer som eventuelt skal omfattes av reglene. At kunstgjenstander og andre kulturgoder omfattes til tross for at de ikke er uttrykkelig nevnt, er i så fall en mer opplagt og mindre dristig tolkning enn tolkningen at et unntak fra en fundamental regel utvides til hensyn som ikke står uttrykkelig nevnt. Derfor blir en *likestilling* av disse to tolkningene etter min mening ikke helt riktig.

Et annet eksempel på at EF-domstolen har avvist kulturpolitiske hensyn i forhold til en diskriminerende handelshindring, er *Fedicine*-saken.<sup>128</sup> En spansk lov som angikk markedsføring og distribusjon av spansk film, stilte krav om lisens overfor distributører for distribusjon av utenlandske filmer i Spania. Slik lisens ble gitt under forutsetning av at vedkommende distributør samtidig påtok seg å distribuere én eller flere *spanske* filmer. Da Spania ble EU-medlem i 1986, ble kravet modifisert til bare å gjelde filmer produsert i land *utenfor* EU. Filmer fra andre EU-land kunne distribueres i Spania uten lisens.

EF-domstolen kom til at ordningen var i strid med retten til fri bevegelighet for tjenester. Reglene gav nemlig Spania en garanti for at spanske filmer ville bli distribuert i andre medlemsland, med den økonomiske gevinst dette innebar for Spania. Til sammenligning kunne filmprodusenter fra andre medlemsland ikke stole på noen slik garanti, men var avhengige av hvilke valg de spanske distributørene gjorde. Reglene innebar med andre ord særbehandling av produsenter av spansk film i forhold til nasjonal filmproduksjon i andre medlemsland, selv om de spanske lisensreglene ikke gjaldt andre medlemsstater. EF-domstolen kom derfor til at ordningen utgjorde en diskriminerende handelshindring. At reglene var begrunnet i et kulturpolitisk hensyn, nemlig å fremme spansk filmproduksjon, var irrelevant, ettersom et slikt hensyn ikke var nevnt i traktaten.<sup>129</sup>

---

<sup>128</sup> Sak C-17/92 *Federación de Distribuidores Cinematográficos mot Estado Español et Unión de Productores de Cine y Televisión*.

<sup>129</sup> Jf. premiss 20, jf. 16.

Under enhver omstendighet mente domstolen at ordningen var *økonomisk* motivert, og gjentok at økonomiske hensyn ikke kan begrunne handelshindringer.<sup>130</sup> Domstolen avviser dessuten at ordningen hadde et kulturpolitisk formål, for i følge domstolen er det ”(...) important to note that the Decree-Law promotes the distribution of national films *whatever their content or quality* (min uthevnning)”.<sup>131</sup> Det virker umiddelbart som om domstolen bygger sine observasjoner på noe som fremkommer av den spanske loven; domstolens medlemmer har neppe sett hver eneste spanske film, foretatt en selvstendig vurdering og kommet til at også filmer av lav kvalitet får spansk støtte. Men uansett er uttalelsen underlig. Det kan virke som om domstolen setter en films kvalitet og innhold som kriterier for om den vil godkjenne hensynet til fremme av nasjonal filmindustri som et lovlig allment hensyn. Dette ville i så fall innebære at filmer over en viss kvalitet og med et bestemt innhold er bedre egnet til å reflektere kulturpolitiske hensyn og dermed i større grad er beskyttelsesverdig, enn filmer av lavere kvalitet og med et bestemt annet innhold. For det første vil det kunne by på problemer å rangere kvalitet og innhold på denne måten, for det andre *hvem* skulle gjøre det. Den mest nærliggende tolkningen er nok at domstolen har villet understreke at de spanske reglene først og fremst hadde et økonomisk formål som domstolen ikke ville godkjenne. Uansett er dette et illustrerende eksempel på kulturgoders ”doble natur”; de har både en ikke-målbar side knyttet til nasjonalt særpreg og identitet og en økonomisk side.

*Fedicine* og *Leclerc* viser at overfor diskriminerende handelshindringer vil EF-domstolen ikke godkjenne andre hensyn enn de som uttrykkelig fremkommer i EF-traktaten. Dette innebærer at kulturpolitiske hensyn utover unntaket i EF art. 30 ikke kan godkjennes.

### 2.4.3 EF-domstolen og ikke-diskriminerende handelshindringer

Temaet under dette avsnittet er EF-domstolens behandling av kulturpolitiske hensyn overfor *ikke-diskriminerende* handelshindringer. Her er adgangen noe videre for

---

<sup>130</sup> Jf. premiss 16. Vi ser her et eksempel på at domstolen henviser til tidligere praksis, i dette tilfellet blant annet sak 352/85 *Bond van Adverteerders* mot *Nederland* og sak C-288/89 *Gouda* mot *Commis-sariaat voor de Media*. I disse sakene ble det fastslått både at diskriminerende handelshindringer bare kan rettferdiggjøres i uttrykkelige unntak i traktaten og at økonomiske hensyn ikke kan rettferdiggjøre noen former for handelshindringer. Det er naturlig å lese dette som at domstolen ønsker å gi uttrykk for en konsistent og ensartet praksis på dette området. Dette er naturlig ettersom dette gjelder fundamentale traktatregler.

<sup>131</sup> Jf. premiss 20.



medlemsstatene til å få gjennomslag for kulturpolitiske hensyn som begrunnelse. Dersom domstolen finner at en handelshindring virker likt for hjemstatens borgere som for borgere fra andre medlemsland, går den frem på følgende måte. Først tar den stilling til om handelshindringen faller inn under noen av reglene for fri bevegelighet, deretter om handelshindringen, dersom den rammes av reglene om fri bevegelighet, kan begrunnes i et lovlig allment hensyn, og til sist hvorvidt handelshindringen står i forhold til den målsetting som ønskes oppnådd ved den handelshindrende ordningen, med andre ord et krav om proporsjonalitet.

Utviklingen av kultur som lovlig allment hensyn kan sies å starte med *Cinéthèque*-saken.<sup>132</sup> En fransk lov forbød salg og utleie av videokassetter med filmer som fremdeles ble vist på kino. En film kunne først gjøres tilgjengelig for video ved utløpet av en periode på mellom seks og atten måneder etter at filmen hadde vært vist på kino. Den franske regelen innebar således en begrensning på handelen med videokassetter innen Fellesskapet. Franske myndigheter begrunnet reglene i hensynet til fremme av kinofilm som kulturell ytringsform. Et britisk produksjonsselskap som ble rammet av reglene, brakte saken inn for retten med påstand om at de var strid med prinsippet om fri bevegelighet for varer og tjenester.<sup>133</sup>

EF-domstolen kom for det første til at tiltaket måtte vurderes i forhold til reglene om *varer*. Dernest konkluderte den med at de franske reglene gjaldt likt for nasjonale og utenlandske videokassetter, og ikke hadde som formål å favorisere fransk filmproduksjon fremfor utenlandsk, men å oppmuntre til produksjon av kinofilm *generelt* i Fellesskapet. Likevel kunne et slikt system skape hindringer på samhandelen, på grunn av ulik praksis i medlemsstatene på dette området. For ikke å rammes av reglene om fri bevegelighet måtte ordningen for det første ikke overgå det som er nødvendig for å oppnå formålet med ordningen, for det andre måtte formålet være objektivt begrunnet.<sup>134</sup> Domstolen konkluderte med at ”the encouragement of creation of cinematographic work” oppfylte kravet til slik begrunnelse.<sup>135</sup> Det kulturpolitiske hensynet i saken begrenser seg riktignok til en spesifikk del av kulturområdet, og *de Witte* gjør et

---

<sup>132</sup> Forente saker 60 og 61/84 *Cinéthèque SA m.fl. mot Fédération Nationale des Cinémas Français*.

<sup>133</sup> Jeg bruker her bare den ene av de to forente sakene i *Cinéthèque* som eksempel, ettersom det generelle spørsmålet om kultur som lovlig allment hensyn er det samme i begge.

<sup>134</sup> Jf. premiss 22.

<sup>135</sup> Jf. premiss 23.

poeng ut av at domstolen ”avoided stating a general principle about cultural policy justifications”.<sup>136</sup> Det er likevel naturlig å tolke dommen slik at den åpner for at også *andre* kulturpolitiske hensyn kan godtas, under forutsetning av at kravene om ikke-diskriminering og proporsjonalitet er oppfylt. Formålet bak tiltaket var å fremme kinofilm som kulturell ytringsform. Det er allment anerkjent at det også finnes andre måter å ytre seg kulturelt på, for eksempel gjennom musikk og billedkunst. Slik jeg leser dommen, er det hensynet til selve den kulturelle ytringen *som sådan* domstolen anerkjenner, og ikke bare den kulturelle ytringsformen *kinofilm*.<sup>137</sup>

Også på tjenestområdet har EF-domstolen anerkjent kulturpolitiske hensyn som lovlige allmenne hensyn. I *Sacchi*-saken<sup>138</sup> slo domstolen fast at overføring av radio- og TV-signaler mellom medlemslandene i Fellesskapet skulle regnes som tjenesteyting i EF-traktatens forstand. Radio og TV er svært sentrale og effektive formidlere av kulturuttrykk, og det kan derfor være relevant å trekke en parallell mellom *Sacchi* og avgjørelsen i *Italian Art Treasures*, ettersom begge sakene viser at reglene om fri bevegelse også gjelder for kulturgoder, henholdsvis tjenester og varer.

I *Tourist Guides*-sakene<sup>139</sup> følger EF-domstolen opp sin tilnærming fra *Cinéthèque*. Disse tre sakene gjaldt nasjonale krav som ble stilt for å være turistguide i vedkommende land. Kravene var begrunnet i den allmenne interesse som lå i best mulig kjennskap til og forståelse for steder og ting av nasjonal kulturhistorisk interesse. I alle de tre sakene ble kravene som ble stilt overfor utenlandske guider funnet å være i strid med reglene om fri bevegelse for tjenester, ettersom de gikk lenger enn det som var nødvendig for å oppnå formålet. Domstolen anerkjente likevel at det påberopte hensynet var et allment hensyn som i utgangspunktet kunne rettferdiggjøre en ikke-diskriminerende handelshindring, under forutsetning av at kravet til proporsjonalitet var oppfylt.

---

<sup>136</sup> Jf. de Witte, *The Cultural Dimension*, s. 257-258.

<sup>137</sup> Slik også Craig/de Búrca, som mener hensynet relaterer seg til ”the protection or enhancement of artistic works” (s. 613).

<sup>138</sup> Sak 155/73 *Sacchi*.

<sup>139</sup> Sak C-154/89 *Kommisjonen mot Frankrike*; sak C-180/89 *Kommisjonen mot Italia* og sak C-198/89 *Kommisjonen mot Hellas*.

Restriksjoner på fri bevegelighet for fjernsynstjenester kan rettferdiggjøres i allmenne hensyn dersom restriksjonene gjelder likt for innenlandske og utenlandske tjenester. Dette kom særlig opp i *Coditel*-saken<sup>140</sup> og i *Debauve*-saken.<sup>141</sup> I *Coditel* godtok domstolen at hensynet til opphavsrettshaver i et kinematografisk verk lovlig kunne hindre kringkasting av verket via kabel fra et annet medlemsland. Hensynet til beskyttelse av immaterielle rettigheter kunne med andre ord godtas som et lovlig allment hensyn overfor tjenestereglene. I *Debauve* ble et belgisk totalforbud mot TV-reklame funnet å være i samsvar med tjenestereglene. Domstolen uttalte at tjenestereglene ikke er til hinder for nasjonale regler som forbyr sending av reklame på kabel-TV, dersom slike regler anvendes uten å skille mellom reklamens opprinnelse, eller vedkommende tjenesteyters nasjonalitet eller etableringssted, og forbudet er begrunnet i et lovlig allment hensyn.<sup>142</sup> Dette var tilfellet med den belgiske ordningen.

Konkret hvilke allmenne hensyn det belgiske forbudet var begrunnet i sies ikke direkte av domstolen. Det fremkommer likevel av faktum at saken som var grunnlag for at domstolen ble forelagt spørsmål om de belgiske reglene var i strid med tjenestereglene, var reist mot tre personer for brudd på forbudet, ”on the particular initiative of three associations representing consumers or cultural interests”.<sup>143</sup> Hensynet til å opprettholde et ikke-kommersielt fjernsynssystem kan derfor ha vært det aktuelle hensynet. Vi skal snart se at liknende hensyn ble påberopt, til dels forgjeves, av Nederland i de såkalte *nederlandske media-sakene*. Den første var *Bond van Adverteerders*.<sup>144</sup>

En nederlandsk lov forbød kabel distribusjon av radio- og TV-programmer overført fra andre medlemsstater, som inneholdt reklame spesielt rettet mot nederlandske forbrukere. Loven var begrunnet i hensynet til å opprettholde et pluralistisk og ikke-kommersielt kringkastingssystem og en pluralistisk og uavhengig presse. En rekke reklamebyråer gikk til sak mot Nederland og hevdet reglene var i strid med fri bevegelighet for tjenester. EF-domstolen kom til at reglene innebar diskriminering, ettersom kringkastere etablert i andre medlemsland ikke hadde noen muligheter for å sende reklame rettet mot nederlandske forbrukere på sine stasjoner, mens derimot de

---

<sup>140</sup> Sak 62/79 *Coditel* mot *Ciné Vog Films SA*.

<sup>141</sup> Sak 52/79 *Procureur du Roi* mot *Debauve*.

<sup>142</sup> Jf. premiss 12, 15 og 16.

<sup>143</sup> Jf. premiss 2.

<sup>144</sup> Sak 352/85 *Bond van Adverteerders* mot *Nederland*.

nederlandske kringkastingsorganisasjonene, såkalte *omroeporganisaties*, ble gitt lov til å sende reklame på nasjonale TV-kanaler. Nederland hevdet reglene kunne rettferdiggjøres i hensynet til å bevare et pluralistisk og ikke-kommersielt kringkastingssystem. Domstolen slo da fast at diskriminerende nasjonale ordninger bare kan rettferdiggjøres i uttrykkelige unntak i traktaten.<sup>145</sup> Domstolen mente i tillegg at reglene hadde en *økonomisk* målsetting, som under enhver omstendighet ikke var beskyttelsesverdig.<sup>146</sup> *Bond van Adverteerders* er avsagt av 13 dommere i EF-domstolen, med andre ord stort plenum, og vil derfor kunne tillegges stor rettskildemessig vekt.

Forut for de neste nederlandske media-sakene hadde en ny medielov trådt i kraft. Selv om den formelt sett var ulik de tidligere reglene, var formålet fremdeles det samme: beskyttelse av det offentlige kringkastingssystemet mot kommersielle aktører utenfra.<sup>147</sup> Reklame i utenlandske programmer rettet mot nederlandske forbrukere var ikke lenger forbudt, under forutsetning av at reklamen oppfylte visse krav, blant annet til tidspunkt og mengden sendetid. De nye reglene ble igjen gjenstand for sak. I tillegg hadde Kommisjonen samtidig startet traktatbruddssak mot Nederland i forbindelse med den samme medielovgivningen. De to sakene ble behandlet av EF-domstolen på samme dag.<sup>148</sup>

Domstolen fant at bestemmelsene i loven ikke lenger utgjorde en diskriminerende handelshindring. Den nederlandske regjeringen begrunnet reglene i hensynet til å beskytte forbrukere mot overdrevne mengder reklame og i opprettholde et visst kvalitetsnivå på TV-programmer.<sup>149</sup> Domstolen aksepterte at slike kulturpolitiske hensyn i utgangspunktet kan rettferdiggjøre en restriksjon på retten til tjenesteyting.<sup>150</sup> Men likevel kom domstolen til at de nederlandske reglene fremdeles hadde en økonomisk målsetting, gjennom at de beskyttet reklameinntekter til fordel for staten. Domstolen gjentok fra *Bond*-saken at økonomiske målsettinger ikke kan rettferdiggjøre handelshindringer, selv om disse handelshindringene ikke innebærer diskriminering.

---

<sup>145</sup> Jf. premiss 32.

<sup>146</sup> Jf. premiss 34.

<sup>147</sup> Jf. de Witte, *The Cultural Dimension*, s. 260-261.

<sup>148</sup> Jf. sak C-288/89 *Stichting Collectieve Antennevoorsiening Gouda* mot *Commissariaat voor de Media* og sak C-353/89 *Kommisjonen* mot *Nederland*.

<sup>149</sup> Jf. premiss 27.

Reglene ble derfor igjen funnet å være i strid med tjenestereglene. I *Veronica*-saken,<sup>151</sup> den hittil siste av de nederlandske ”media-sakene”, ble resultatet derimot et annet. Det offentlige kringkastingsselskapet Veronica bidro til etableringen av en nederlandsk-språklig kommersiell fjernsynsstasjon i Luxembourg. Nederlandske myndigheter grep inn overfor Veronica og hevdet selskapet på denne måten forsøkte å omgå landets medielovgivning. EF-domstolen fant at det forelå en restriksjon på fri bevegelighet for tjenester og kapital (sistnevnte i forhold til investeringer Veronica hadde foretatt i fjernsynsstasjonen), men at hensynet til å sikre nasjonalt fjernsyn et ikke-kommersielt preg kunne rettferdiggjøre restriksjonene.<sup>152</sup> Nederland kunne dermed lovlig hindre Veronica i å delta i etableringen av den kommersielle fjernsynsstasjonen.

*De Witte* mener faktum i *Veronica*-saken er ”rather peculiar”, og at avgjørelsen derfor ikke uten videre kan tas til inntekt for at domstolen nå har inntatt en mer imøtekommende holdning overfor kulturpolitiske hensyn.<sup>153</sup> Han hevder at de nasjonale tiltakene som ble vurdert i saken, ikke forårsaket noe direkte hinder for fri bevegelighet for fjernsynsprogrammer mellom medlemsstatene, men kun medførte restriksjoner på ”eksport av forretningstjenester” som ikke har noen direkte innvirkning på markedet for kringkasting. Det kan nok hevdes at begrensningene av Veronicas aktiviteter ikke hindret fri bevegelighet for tjenester i like stor grad som tilfellet var i de andre nederlandske media-sakene. Men *Veronica*-saken representerer etter min oppfatning heller ikke et plutselig nytt skritt av EF-domstolen, i det at kulturpolitiske hensyn godtas. Som vi har sett har domstolen godkjent kulturpolitiske og kulturellerrelaterte hensyn i saker før *Veronica*, som i *Debauve* og i *Cinéthèque*. Det avgjørende for at kulturpolitiske hensyn ble godkjent i disse sakene, var først og fremst at de aktuelle ordningene gjaldt uten nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling, og at det var proporsjonalitet mellom ordningene og det formålet hensynene skulle ivareta.

Fra *medieområdet* beveger vi oss nå over til *språkområdet*, og ser på hvordan kultur som lovlig allment hensyn har kommet til uttrykk gjennom to saker på dette området.

---

<sup>150</sup> Jf. premiss 23.

<sup>151</sup> Sak C-148/91 *Vereniging Veronica Omroep Organisatie mot Commissariaat voor de Media*.

<sup>152</sup> Jf. premiss 13.

<sup>153</sup> Jf. de Witte, *The Cultural Dimension*, s. 262.

Språklig mangfold kan på den ene siden utgjøre et hinder for samhandelen, ved at en arbeidstaker i en medlemsstat hindres å søke arbeid i en annen fordi vedkommende ikke snakker språket. Flerspråklighet blir en handelshindring og medfører høyere transaksjonskostnader i forbindelse med kommunikasjon mellom aktører enn tilfellet hadde vært i et område med bare ett språk.<sup>154</sup> På den annen side har språklig mangfold en kulturell og identitetsskapende side, idet språkfelleskap skaper sosialt fellesskap. Av sosialt fellesskap kan det igjen skapes økonomisk fellesskap, men som vil kunne forstyrres dersom det språklige mangfold forsvinner.

I *Groener-saken*,<sup>155</sup> på området for fri bevegelighet for arbeidstakere, ble en nederlandsk statsborger nektet en stilling som lærer på en yrkesskole i Irland. Begrunnelsen var at hun ikke klarte en irsk språktest som skulle dokumentere kunnskaper i irsk som var nødvendig for stillingen. Arbeidstakeren mente avslaget på stillingen på grunnlag av språktesten var i strid med reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere. Irske myndigheter hevdet avslaget var rettferdiggjort av hensyn til nasjonalspråket. Den irske regjeringens politikk hadde i mange år vært å opprettholde og fremme bruken av irsk som et middel til å uttrykke nasjonal identitet og kultur. Domstolen kom til at en permanent heltidsstilling som lektor i en institusjon for yrkesrettet utdanning var av en slik natur at krav om språkkunnskaper, slik de ble stilt gjennom språktesten, kunne rettferdiggjøre en restriksjon på reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere. Forutsetningen er at kravet er satt som del av en politikk som går på fremme av nasjonalspråket, som samtidig er det offisielle språket i landet, og at kravet står i et rimelig forhold til det formål som ønskes oppnådd.<sup>156</sup>

*Piageme-saken*<sup>157</sup> gjaldt krav til produktmerking av varer. Art. 14 i Direktiv 79/112 om merking og presentasjon av matvarer pålegger medlemsstatene å forby salg av produkter innen deres territorier, dersom den nødvendige informasjon på dem ikke fremstår på et språk som er lett forståelig for kundene, med mindre andre tiltak er truffet for sikre at kunden er informert. Fransk og tysk mineralvann ble solgt i den flamske delen av Belgia, begge med sin opprinnelige etikett. Dette var i strid med belgiske

---

<sup>154</sup> Op. cit. s. 262-263.

<sup>155</sup> Sak 379/87 *Groener mot Minister for Education*.

<sup>156</sup> Jf. premiss 19.

<sup>157</sup> Sak C-369/89 *Groupement des Producteurs, Importeurs et Agents Généraux d'Eaux Minérales Etrangères Asbl mot Peeters Pvb*.

regler, som påla at slik produktinformasjon skulle være på regionens språk, i dette tilfellet flamsk. EF-domstolen tolket Direktiv 79/112 dit hen at det ikke krever at en medlemsstat skal bruke et bestemt språk, bare at informasjonen skal være lett forståelig for kunden. Nasjonal lovgivning som pålegger et strengere krav enn hva direktivet gir anvisning på, som for eksempel eksklusiv bruk av språket i den region godene markedsføres, og i tillegg ikke anerkjenner muligheten for at kunden kan informeres på andre, mindre inngripende måter, går lengre enn direktivets krav.<sup>158</sup> Kravet om kun å bruke språket innen en bestemt region vil være et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon og rammes av reglen i EF-traktaten.

Underlig nok ble kulturpolitiske hensyn verken påberopt av partene, eller drøftet av EF-domstolen eller Generaladvokaten, selv om det umiddelbart kan synes som om hensynet til å fremme nasjonalt eller regionalt språk stod i samme stilling i denne saken som i *Groener*. Avgjørelsen skapte da også sterke reaksjoner i flamsk offentlig debatt, og mange mente EF-domstolen her hadde ofret kulturell identitet på markedsintegrasjonens alter.<sup>159</sup>

## 2.5 Kultur og statsstøtte

Temaet for dette avsnittet er ”kulturunntaket” i reglene om statsstøtte i EF-traktaten.<sup>160</sup> Formålet med behandlingen av kulturunntaket er å undersøke hvilke muligheter medlemsstatene har til å fremme nasjonal kultur og kulturelle aktiviteter gjennom statlige støtteordninger. Jeg kommer blant annet til å se nærmere på de kriteriene EU-kommisjonen har satt opp for vurderingen av om medlemsstatenes *filmstøtteordninger* skal anses for å være lovlig statsstøtte i henhold til kulturunntaket.

### 2.5.1 Forbudet mot statsstøtte

Hovedregelen er at statsstøtte er forbudt.<sup>161</sup> EF-traktaten definerer ”statsstøtte” som ”støtte gitt av statsmidler i enhver form”. Statsstøtte innebærer at et foretak får en økonomisk fordel det ellers ikke ville fått i sin virksomhet. Dette kan føre til at de konkurransemessige forholdene i markedet påvirkes, ved at det statsstøttede foretaket får en

---

<sup>158</sup> Jf. premiss 16.

<sup>159</sup> Jf. de Witte, *The Cultural Dimension*, s. 267.

<sup>160</sup> Jf. EF art. 87(3) bokstav d.

spesielt gunstig posisjon i forhold til tilsvarende foretak fra andre medlemsland. Konkurransen *vrís*, og dette kan påvirke samhandelen mellom medlemsstatene negativt. Hovedregelen om statsstøtte gjelder i utgangspunktet også for statsstøtte begrunnet i kulturpolitiske hensyn, ettersom reglene ikke spesifikt *unntar* kultursektoren som sådan. Statsstøtte spiller en meget sentral rolle som kulturpolitisk virkemiddel på nasjonalt nivå. Støtte kan gis til for eksempel tiltak til bevaring av nasjonal kultur og til produksjon og spredning av kulturgoder og kulturelle tjenester, som henholdsvis bøker og kinofilm. For mange mindre land kan det være svært vanskelig å opprettholde en kulturindustri på ren kommersiell basis, og statlige støtteordninger vil derfor være av avgjørende betydning for deres eksistens. Filmproduksjon i Europa i dag eksisterer for eksempel kun som følge av omfattende offentlig støtte.<sup>162</sup>

### 2.5.2 Unntak: støtte til fremme av kulturen

Vi så i forrige avsnitt av statsstøtte som hovedregel er forbudt. Statsstøtteregelele inneholder flere *unntak* fra denne hovedregelen. Et av disse unntakene går ut på at ”støtte til fremme av kulturen og vern av kulturarven” likevel kan anses forenlig med det felles marked. Dette kulturunntaket ble inntatt i traktaten i 1992, som følge av Maastricht-traktaten og opprettelsen av den Europeiske Union. Forutsetningen for at kulturstøtte er lovlig, er at støtten ”ikke endrer vilkårene for samhandelen og konkurransen i Fellesskapet i en utstrekning som strider mot de felles interesser”. Et spørsmål er i hvor stor grad konkurranseaspektet egentlig gjør seg gjeldende ved statsstøtte til fremme av kulturen. Kan nasjonale kulturindustrier, med sine respektive særpreg, i det hele tatt være i konkurranse med hverandre, slik som for eksempel luftfarts- eller software-industrien? Europaparlamentet har tidligere understreket fraværet av reell konkurranse på det audiovisuelle området, som er én del av kulturindustrien.<sup>163</sup>

Kulturunntaket gjelder ”støtte til fremme av *kulturen* og vern av *kulturarven* (mine uthevninger)”. Det er med andre ord et unntak for kultur *generelt*, og ikke et unntak knyttet til bestemte kulturelle aktiviteter eller kulturgoder, slik for eksempel unntaket i EF art. 30 for nasjonale skatter er. Unntaket skiller seg dessuten på mange måter fra de

---

<sup>161</sup> Jf. EF art. 87(1).

<sup>162</sup> Jf. Ulf-Møller, *Hollywoods generobring af det danske marked efter 2. verdenskrig*, s. 243.

<sup>163</sup> Jf. premiss 7, s. 7 og premiss 37, s. 10 i Europaparlamentets betenkning om EU-kommisjonens ”kino-meddelelse”, COM (2001) 534 final, jf. note 165 nedenfor.



andre unntakene fra forbudet mot statsstøtte. I de andre unntakene hvor støtte *kan* anses som forenlig med det felles marked,<sup>164</sup> er det i større grad hensynet til en vanskelig økonomisk eller sosial situasjon som ligger til grunn for å gi støtte. Kulturunntaket blir dermed stående i en slags privilegert særstilling. Eksistensen av et slikt generelt traktatbasert kulturunntak på deler av *konkurranserettens* område, må derfor gi uttrykk for at kulturhensyn er ment å være høyt prioritert, og gjør det naturlig å tenke seg at også reglene om *fri bevegelse*, som sammen med konkurransereglene utgjør de mest sentrale reglene i EF-traktaten, bør ha et tilsvarende unntak i traktaten. Om EF art. 151 kan utgjøre et slikt unntak, skal drøftes i avsnitt 2.6.4 nedenfor.

### 2.5.3 Unntaket i praksis – statlige filmstøtteordninger

Jeg skal nå se nærmere på hvordan kulturunntaket i statsstøttereglene brukes ”i praksis”, gjennom å ta for meg EU-kommisjonens kriterier for lovlig statsstøtte til film- og fjernsynsproduksjon. EU-kommisjonen skal, sammen med medlemsstatene, kontinuerlig granske de støtteordningene som består i disse statene.<sup>165</sup> I 1997 mottok Kommisjonen en klage på de *franske* reglene for statlig støtte til filmproduksjon. Reglene hadde en ekskluderende effekt, ved at støtten blant annet ble gjort betinget av at visse aktiviteter i forbindelse med filmproduksjonen måtte foregå *innen* Frankrike (såkalt ”territorialisering”). Dette ble bekreftet av Kommisjonen, som anmodet franske myndigheter om å endre flere av disse reglene. Kommisjonen godkjente den endelige støtteordningen i 1998.<sup>166</sup> I sin gjennomgang av ordningen fremla Kommisjonen fire spesifikke kriterier for at støtten skulle anses for lovlig i henhold til kulturunntaket i EF-traktaten. Disse kriteriene ble også brukt ved Kommisjonens etterfølgende gjennomgang av de andre medlemsstatenes filmstøtteordninger.<sup>167</sup> I sin gjennomgang kontrollerer Kommisjonen for det første at en støtteordning er i samsvar med ”the general legality principle”, med andre ord at den ikke strider mot *andre* bestemmelser i EF-traktaten enn reglene om statsstøtte, som for eksempel det alminnelige forbudet mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling i art. 12 og reglene om fri bevegelse. En ordning der støtten utelukkende forbeholdes innenlandske filmprodusenter, vil for

---

<sup>164</sup> Jf. EF art. 87(3), bokstav a. til c.

<sup>165</sup> Jf. EF art. 88(1). Kommisjonen har gitt en generell redegjørelse for sin praksis på dette området i sin såkalte ”kinomeddelelse” fra 2001, jf. COM (2001) 534 final (Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on certain legal aspects relating to cinematographic and other audiovisual works).

<sup>166</sup> Jf. vedtak N3/98 av 3. juni 1998.

eksempel stride mot ikke-diskrimineringsprinsippet. For det andre må ordningen tilfredsstillende de fire kriteriene i forhold til kulturunntaket for statsstøtte. Det siste vilkåret gjelder spesifikt for film- og fjernsynsstøtte, mens det første vilkåret gjelder *generelt* for alle kulturstøtteordninger.<sup>168</sup>

De fire kriteriene i det siste vilkåret er som følger:<sup>169</sup> For det første må støtten være ”directed to a cultural product”, i henhold til kontrollerbare nasjonale kriterier. For det andre må produsenten ha mulighet til å bruke minst 20 prosent av det samlede budsjettet i *andre* medlemsstater enn i den staten som gir støtten, uten at støtten dermed reduseres. Kommisjonen godkjenner med andre ord at en stat kan sette som vilkår at opptil 80 prosent av den tildelte støtten skal brukes innenfor vedkommende stat. For det tredje må støtten som hovedregel ikke overstige 50 prosent av produksjonens budsjett, med unntak for ”difficult and low budget films”. Det er opp til medlemsstatene å definere hvilke filmer de anser for å være ”difficult and low budget”. I betraktning av den begrensede geografiske utbredelsen av visse medlemsstaters språk og kulturer, og forutsatt den begrensede bevegeligheten for kulturgoder fra disse landene, både innen Fellesskapet og på verdensmarkedet, kan Kommisjonen også akseptere statsstøtte som overstiger 50 prosent *utenom* tilfellene med ”difficult and low budget films”, der dette er nødvendig.<sup>170</sup> For det fjerde skal tillegg i støtten til spesielle aktiviteter, som for eksempel etterproduksjon (”post-production”), være forbudt. Kommisjonen er av den oppfatning at disse kriteriene bidrar til å oppnå en balanse mellom målsettingene om kulturell utfoldelse og utviklingen av audiovisuelle produksjoner innen Fellesskapet, og respekt for EF-traktatens statsstøtteregele.<sup>171</sup>

Man kan spørre seg hvilke rettslige konsekvenser det kan få at statlige kulturstøtteordninger ikke må stride mot det generelle ikke-diskrimineringsprinsippet i EF-traktaten. Vil for eksempel et krav om at en film som spilles inn i Portugal *må* spilles inn på portugisisk for å kunne få støtte, være i strid med prinsippet? En slik ordning vil virke indirekte diskriminerende overfor andre enn portugisere, ettersom kravet om språk formelt sett gjelder for alle, men hvor det i praksis vil være atskillig vanskeligere å

---

<sup>167</sup> Jf. COM (2001) 534, s. 6.

<sup>168</sup> Ibid.

<sup>169</sup> Jf. COM (2001) 534, s. 7-8.

<sup>170</sup> Op. cit. s. 9.

<sup>171</sup> Op. cit. s. 8.

oppnå for dem som ikke snakker portugisisk, og dermed vanskeligere å oppnå støtte. I samsvar med EF-domstolens uttalelser i *Groener-saken*,<sup>172</sup> kan man tenke seg at hensynet til å fremme og bevare nasjonalspråket kunne rettferdiggjøre en støtteordning som for eksempel begunstiget produksjon av filmer på et bestemt språk. Ettersom støtteordninger som vurderes i henhold til kulturunntaket i statsstøttereglene skal respektere blant annet reglene om fri bevegelse, er det rimelig å anta at også EF-domstolens praksis på området for fri bevegelse kommer med ”på kjøpet”, blant annet læren om allmenne hensyn. Det må dermed være lovlig å stille språklige krav for tildeling av statsstøtte til for eksempel filmproduksjon, så lenge kravet er begrunnet i et kulturpolitisk hensyn, og støtteordningen ellers tilfredsstiller de andre kriteriene for lovlig støtte.

Kommisjonen understreker at en tildeling av statsstøtte ”should be towards the overall budget of a specific film-making project”.<sup>173</sup> Slike støtteordninger vil da ha som formål å støtte utviklingen av et spesifikt audiovisuelt prosjekt, og ikke for eksempel å støtte utviklingen av en industriell aktivitet. En støtteordning rettet mot et slikt prosjekt skal derfor vurderes under unntaket for kultur i statsstøttereglene, og ikke under unntaket som gjelder støtte til enkelte næringsgrener og økonomiske områder.<sup>174</sup> Det er også interessant å merke seg at staten i tillegg kan støtte foretak som driver film- og fjernsynsproduksjon, i henhold til andre unntak fra forbudet mot statsstøtte.<sup>175</sup> Dette gjelder blant annet støtte til å fremme utviklingen i visse regioner,<sup>176</sup> og støtte til enkelte næringsgrener og økonomiske områder.

Vi har nå sett at staten lovlig kan støtte nasjonal film- og fjernsynsproduksjon *både* med grunnlag i unntaket for kultur, til et spesifikt film- eller fjernsyns*prosjekt*, og med grunnlag i unntakene for henholdsvis regioner og næringsgrener, til *foretak* som driver film- eller fjernsynsproduksjon. *Dessuten* kan et film- eller fjernsynsprosjekt tildeles støtte fra MEDIA Plus-programmet, EUs støtteprogram til den audiovisuelle sektoren

---

<sup>172</sup> Sak C-379/87, jf. note 155 ovenfor.

<sup>173</sup> Jf. COM (2001) 534, s. 8.

<sup>174</sup> Jf. EF art. 87(3) bokstav c.

<sup>175</sup> Jf. COM (2001) 534, s. 8.

<sup>176</sup> Jf. EF art. 87(3) bokstav a.

innen EØS-området.<sup>177</sup> Midler fra MEDIA Plus regnes *ikke* som statsstøtte, og teller dermed ikke med i forhold til kriteriet om at statsstøtten ikke skal overstige 50 prosent av produksjonsbudsjettet.<sup>178</sup>

## 2.6 Hvilken rettslig betydning har EF art. 151?

### 2.6.1 Innledning

I dette avsnittet skal jeg undersøke nærmere hvilken rettslig betydning kulturbestemmelsen i EF art. 151 har. Jeg vil blant annet se på hva som, i følge EF-domstolen, skal til for at bestemmelsen kan utgjøre det rettslige grunnlaget for en rettsakt, og jeg vil drøfte om bestemmelsen kan gi grunnlag for å rettferdiggjøre en handelshindring.

Den ene delen av tittelen til dette kapitlet, ”kodifisering”, sikter til art. 151. Med dette menes at bestemmelsen gir ett felles, rettslig grunnlag for de mer uformelle skritt som ble tatt på det kulturelle området tidligere.<sup>179</sup> Art. 151 nevner satsningsområder for Fellesskapet virksomhet: ”bedre kjennskap til og spredning av de europeiske folks kultur og historie, bevaring og vern av den kulturarv som er av europeisk betydning, ikke-kommersiell kulturutveksling og kunstnerisk og litterær utfoldelse, herunder på det audiovisuelle området”.<sup>180</sup> Disse områdene svarer omtrent til de områdene som var dekket av Fellesskapets ulike støtteprogrammer da bestemmelsen ble inntatt i 1992.<sup>181</sup> Derfor kan vi si at ett av siktemålene med EF art. 151 er ”kodifisering” av Fellesskapets tidligere tiltak på kulturområdet. Dessuten bidrar art. 151 til å klargjøre hvilke organer i Fellesskapet som skal ha kompetanse til å treffe tiltak på kulturområdet, noe som tidligere ofte var uklart.

---

<sup>177</sup> MEDIA-programmet gir støtte til blant annet utvikling, distribusjon og markedsføring av film- og fjernsynsproduksjoner, og tilskudd til filmfestivaler, kinoer og videreutdanning av profesjonelle aktører innen film- og fjernsynsbransjen. MEDIA Plus er det nyeste programmet og har et budsjett på 400 millioner euro for perioden 2001 til 2005. MEDIA-programmet er opprettet med hjemmel i EF art. 308.

<sup>178</sup> Jf. COM (2001) 534, s. 8.

<sup>179</sup> Jf. de Witte, *The Cultural Dimension*, s. 291.

<sup>180</sup> Jf. EF art. 151(2).

<sup>181</sup> Jf. de Witte, *The Cultural Dimension*, s. 291.

## 2.6.2 Art. 151 og graden av europeisk integrasjon

I likhet med kulturunntaket i statsstøttereglene ble art. 151 introdusert i 1992 gjennom Maastricht-traktaten. Art. 151 i EF-traktaten slår blant annet fast at Fellesskapet ”skal bidra til medlemsstatenes kulturer får utfolde seg”,<sup>182</sup> noe som også sies i art. 3 i traktaten,<sup>183</sup> og at Fellesskapet ”skal ta kulturelle forhold i betraktning når det utøver sin virksomhet i henhold til andre bestemmelser” i EF-traktaten, ”særlig for å holde i hevd og fremme mangfoldet i dets kulturer”.<sup>184</sup> At unionen skal respektere medlemsstatenes kulturer fremkommer dessuten av foralen til EU-traktaten, og det slås fast i art. 6(3) at ”unionen skal respektere de nasjonale særtrekk i medlemsstatene”. Vi ser at de gangene ”kultur” nevnes i traktatene, er fokus vel så mye rettet mot det enkelte medlemslands *nasjonale* og *regionale* kulturer, som på én felleseuropeisk kultur.

Det er også verdt å legge merke til at utviklingen av de nasjonale og regionale kulturer i stor grad er overlatt medlemsstatene. Dette kommer til uttrykk i art. 151, som slår fast at Fellesskapet ikke skal foreta harmonisering<sup>185</sup> av medlemsstatenes lover og forskrifter på kulturområdet, kun vedta såkalte ”stimuleringstiltak”.<sup>186</sup> Traktaten begrenser Fellesskapets rettslige virkemidler på kulturområdet, og overlater ”styringen” først og fremst til medlemsstatene selv. Fellesskapets skal ”bare” ta sikte på å ”*oppmuntre* til samarbeid mellom medlemsstatene” og ”*om nødvendig* støtte og utfylle deres virksomhet” på en rekke kulturområder (mine uthevninger).<sup>187</sup> Det kan derfor med rette hevdes at avdeling XII om kultur (art. 151) er et mer spesifikt uttrykk for det såkalte ”subsidiaritetsprin-

---

<sup>182</sup> Jf. art. 151(1).

<sup>183</sup> Jf. EF art. 3(1), bokstav q.

<sup>184</sup> Jf. art. 151(4).

<sup>185</sup> Reglene om harmonisering (”lovtilnærming”) er et viktig virkemiddel for Fellesskapet når det gjelder målsettingen om å innføre et indre marked i unionen, det vil si et område uten indre grenser og med fri bevegelighet for varer, tjenester, personer og kapital, jf. EF art. 14. EF art. 94 og 95 gir derfor Fellesskapet kompetanse til å gi direktiver om harmonisering av medlemsstatenes lover og forskrifter, for å oppnå et mest mulig ensartet indre marked. Dersom det har betydning for det felles markeds opprettelse eller virkemåte, kan Fellesskapet derfor i *utgangspunktet* også harmonisere medlemsstatenes lover og forskrifter på kulturområdet.

<sup>186</sup> Jf. art. 151(5). Bestemmelsen gir anvisning på at slike tiltak skal vedtas i samsvar med fremgangsmåten i EF art. 251. Dette innebærer at Rådet treffer beslutning etter å ha rådspurt Europaparlamentet. Rådet skal i tillegg treffe sin beslutning *enstemmig*, jf. art. 151(5). Både EUs nåværende kulturkommissær og aktører innen kultursektoren mener imidlertid denne fremgangsmåten bør endres, slik at beslutninger på dette området kan treffes med kvalifisert flertall (jf. *Utblick Europa – Svenska Filminstitutets nyhetsbrev om film och EU-frågor*, nr. 7/2002).

<sup>187</sup> Jf. art. 151(2).

sippet”.<sup>188</sup> Prinsippet går i korthet ut på at Fellesskapet bare skal treffe tiltak på områder der dette ikke kan gjøres mer effektivt av medlemsstatene.<sup>189</sup> Med andre ord bør avgjørelser tas nærmest mulig den eller de som berøres av avgjørelsen. Spørsmålet blir om det i et gitt tilfelle er mest effektivt at en avgjørelse eller et tiltak treffes av Fellesskapet eller av medlemsstatene.<sup>190</sup> Subsidiaritetsprinsippet gjelder bare på områder hvor Fellesskapet *ikke* har eksklusiv kompetanse.<sup>191</sup> Der Fellesskapet *har* eksklusiv kompetanse, har det ingen rettslig plikt til å ta hensyn til prinsippet.<sup>192</sup> Kommisjonen har uttalt at der traktatverket pålegger Fellesskapet en plikt til å handle, som blant annet på områdene for de fire friheter og konkurransereglene, har Fellesskapet eksklusiv kompetanse.<sup>193</sup> Kulturområdet er, som vi har sett, ett av områdene der Fellesskapet har *begrenset* kompetanse i forhold til medlemsstatene.

På bakgrunn av det som hittil er sagt, kan vi nå komme med følgende observasjoner: I utgangspunktet har siktemålet med EF-samarbeidet og med opprettelsen av EU i 1992, vært, og er fremdeles, en stadig tettere økonomisk integrasjon mellom medlemsstatene. Dette innebærer at flere og flere aspekter ved samhandel og samkvem mellom medlemsstatene, reguleres av Fellesskapet. På kulturområdet har vi derimot hatt en *motsatt* utvikling. Ved introduksjonen av art. 151 har medlemsstatene fått en *større* grad av nasjonal kulturell selvbestemmelse, ved at Fellesskapet har overlatt dem flere ansvarsområder. Resultatet er med andre ord at opprettelsen av den Europeiske Union har medført en *mindre* grad av integrasjon på kulturområdet, enn tilfellet var *før* unionen ble opprettet.

Det kan også være verdt å nevne et annet aspekt vedrørende EF-traktatens fokus på nasjonalt og regionalt mangfold. En rekke EU-medlemmer, som blant annet Storbritannia, Frankrike, Tyskland og Nederland, har en befolkning som for en stor del omfatter innvandrere fra stater utenfor EU. Dermed oppstår et interessant spørsmål i forhold til EF-traktatens forpliktelser om å ”bidra til at medlemsstatenes kulturer får

---

<sup>188</sup> Jf. de Witte, *The Cultural Dimension*, s. 293.

<sup>189</sup> Jf. EF art. 5(2).

<sup>190</sup> Jf. Craig/de Búrca, s. 127.

<sup>191</sup> Jf. EF art. 5(2).

<sup>192</sup> Jf. Craig/de Búrca, s. 124-125.

<sup>193</sup> Jf. Kommisjonens rapport COM (94)533.

utfolde seg” og å respektere det nasjonale og regionale mangfold.<sup>194</sup> Skal et slikt mangfold innen Fellesskapet også omfatte kulturell praksis hos innvandrere fra tredjeland, der denne praksisen er annerledes enn praksisen er i de respektive medlemsstatene, eller skal bestemmelsen begrenses til bare å omfatte regionale minoriteter i tradisjonell *territorial* forstand, som baskerne i Spania eller samene i Norge?<sup>195</sup> Mye taler for at ”kulturelt mangfold” må omfatte begge deler. På den annen side har forslag på det pågående EU-konventet gått ut på at unionen bør ha en ”kristen formålsparagraf”, med andre ord en traktatfesting av at unionen bygger på kristne grunnverdier. Hvilke konsekvenser vil en eventuell gjennomføring av et slikt forslag få i forhold til de av unionens regionale minoriteter som ikke bekjenner seg til den kristne tro eller til kristne grunnverdier? Den samme problemstillingen oppstår i forbindelse med den muslimske delen av befolkningen i Tyrkia, et fremtidig aktuelt EU-medlem. Vil et eventuelt prinsipp om at EU hviler på kristne grunnverdier komme i konflikt med forpliktelsen til å sikre kulturelt mangfold i unionen, eller omvendt? Noen *rettslig* konflikt vil neppe oppstå, ettersom blant annet den Europeiske Menneskerettskonvensjon sikrer religionsfrihet også innen EU. Et politisk dilemma vil likevel kunne tenkes å oppstå, selvsagt under forutsetning av at forslaget om ”kristen formålsparagraf” blir gjennomført.

### 2.6.3 Art. 151 som rettslig grunnlag for rettsakter

Under dette avsnittet skal jeg se nærmere på et tilfelle som gjelder kriteriene for *når* art. 151 kan være rettslig grunnlag for Rådsvedtak. EF-domstolen har nå fastslått at art. 151 ikke kan brukes som rettslig grunnlag for et Rådsvedtak *i tillegg* til et annet rettslig grunnlag, dersom vedtakets betydning for kulturområdet bare er ”indirect and incidental” sammenliknet med vedtakets hovedformål.<sup>196</sup> Saken gjaldt et vedtak truffet at Rådet, om opprettelsen av et program for fremme av språklig mangfold i Fellesskapet i informasjonssamfunnet.<sup>197</sup> Vedtaket var hjemlet i EF art. 157, som blant annet pålegger Fellesskapet og medlemsstatene en felles plikt til å ”sikre at de nødvendige vilkår er til stede for at Fellesskapets industri skal kunne være konkurransedyktig”.<sup>198</sup>

---

<sup>194</sup> Jf. EF art. 151(1).

<sup>195</sup> Jf. de Witte, *The Cultural Dimension*, s. 293.

<sup>196</sup> Jf. sak C-42/97 *Europaparlamentet mot Rådet*, premiss 42.

<sup>197</sup> Vedtak 96/664/EF av 21. november 1996 ”on the adoption of a multiannual programme to promote the linguistic diversity of the Community in the information society”.

<sup>198</sup> Jf. EF art. 157(1) første punktum.

For en rekke små og mellomstore bedrifter i Fellesskapet er det ofte problematisk å måtte forholde seg til flere ulike språk på det samme markedet. Programmets hovedformål var derfor å fremme bruk av metoder for å overkomme slike språklige barrierer, og dermed redusere transaksjonskostnader forbundet med kommunikasjon. På denne måten ville programmet bidra til at økonomiske aktører kunne få størst mulig utbytte av det indre marked og fortsette å være konkurransedyktige på verdensmarkedet.

Europaparlamentet mente vedtaket, i tillegg til art. 157, burde hatt art. 151 som rettslig grunnlag, ettersom det etter deres mening hadde et kulturelt formål knyttet til språklig og dermed kulturelt mangfold i Fellesskapet. Ut fra vedtakets tittel mente Parlamentet det her dreide seg om et ”stimuleringstiltak” som Rådet kan vedta etter art. 151(5). EF-domstolen kom for det første til at vedtakets tittel ikke i seg selv kunne være avgjørende for hvilket rettslig grunnlag det skulle bygge på, og at heller ikke ordene i tittelen kunne ses isolert fra resten av vedtaket. I vurderingen av om art. 151 kunne være rettslig grunnlag for vedtaket i tillegg til art. 157, måtte det i følge domstolen undersøkes hvorvidt ”the contested decision is concerned, indissociably, both with industry and with culture”.<sup>199</sup> Dette måtte avgjøres på bakgrunn av vedtakets formål og innhold.

Domstolen la for det første vekt på at det hovedsakelig var økonomiske aktører som ble tilgodesett i vedtaket, ikke Fellesskapets borgere som sådan.<sup>200</sup> Mens den enkelte borger drar fordel av språklig mangfold i informasjonssamfunnet på et mer generelt plan, ble økonomiske aktører tilgodesett mer direkte, gjennom konkrete handlinger i henhold til programmet. Videre ser domstolen på ordlyden i vedtaket, som utpeker små og mellomstore bedrifter som ”målgruppe” for programmet.<sup>201</sup> Dessuten presenteres formålet med programmet som å være av økonomiske natur.<sup>202</sup> Domstolen konkluderer med at, sammenliknet med den økonomiske effekten vedtaket hadde som formål å oppnå, var de kulturelle effektene av vedtaket ”indirect and incidental”.<sup>203</sup> Språk i vedtakets sammenheng kunne ikke ses på som ”an element of cultural heritage”, men

---

<sup>199</sup> Jf. premiss 38.

<sup>200</sup> Jf. premiss 46.

<sup>201</sup> Jf. premiss 48.

<sup>202</sup> Jf. premiss 51.

<sup>203</sup> Jf. premiss 63.



heller som "an object or instrument of economic activity".<sup>204</sup> Dermed var art. 151 overflødig som rettslig grunnlag i tillegg til art. 157.

Premissene og resultatet i avgjørelsen kan tolkes dit hen at domstolen trekker et skille mellom økonomi og kultur, en holdning som i så fall ikke er i samsvar med domstolens egen holdning om at kultur og økonomi nettopp ikke skal holdes atskilt, men inngå i et samspill. Denne holdningen kan sies å komme til syne allerede i *Italian Art Treasure*-saken, og har blitt fulgt gradvis opp gjennom senere praksis. En "dobbel" hjemmel for Rådsvedtaket hadde nettopp vært et godt uttrykk for dette samspillet. Likevel kan det være nettopp samspillet mellom kultur og økonomi avgjørelsen gir uttrykk for. Domstolen skal ta stilling til hvorvidt art. 151 kan være rettslig grunnlag i tillegg til art. 157. Dermed sier domstolen i realiteten ikke at kultur skal være atskilt fra økonomi, men at det i dette tilfellet dreier seg om et vedtak som hovedsaklig har et økonomisk formål. Avgjørelsen gir heller en god illustrasjon av "kulturgoders dobbeltnatur", at kulturgoder og kultur som sådan både har en ikke-målbar side relatert til språk og identitet, og en økonomisk side, og at et samspill mellom de to ikke alltid er like opplagt. Domstolen finner nettopp at språk i vedtakets og programmets betydning "is seen not as an element of cultural heritage but rather as an object or instrument of economic activity".<sup>205</sup> Konteksten avgjør med andre ord hvilket av de to aspektene som er mest fremtredende når det gjelder å avgjøre det rettslige grunnlaget for vedtaket. Avgjørelsen angir også kriteriene for når art. 151 kan brukes som rettslig grunnlag for en handling fra Fellesskapets side: "(...) not every description of the cultural aspects of Community action necessarily implies that recourse must be had to Article [151] as the legal basis, where culture does not constitute an essential and indissociable component of the other component on which the action in question is based but is merely incidental or secondary to it".<sup>206</sup> Det kan i hvert fall sies om avgjørelsen at den bidrar til å fastlegge nærmere hvilken praktisk betydning art. 151 har i Fellesskapets politikk.

Avgjørelsen er avsagt av 11 dommere. Sammensetningen av EF-domstolen kan være av betydning for hvilken vekt domstolen har tillagt en sak.<sup>207</sup> Er saken avgjort i fullt

---

<sup>204</sup> Jf. premiss 53.

<sup>205</sup> Jf. premiss 53.

<sup>206</sup> Jf. premiss 42.

<sup>207</sup> Jf. Due, s. 135.

plenum, normalt 15 dommere, viser det at saken er tillagt stor prinsipiell betydning. Avgjøres saken i avdeling (5 eller 3 dommere) har domstolen derimot forventet at den kan løses på bakgrunn av tidligere praksis. Det blir for øvrig stadig vanligere at domstolen henviser viktige saker til det lille plenum, normalt 11 dommere eller til og med til behandling i avdeling. Selv om domstolen nok ikke har ansett saken for å være av stor prinsipiell betydning, har den likevel valgt å behandle saken det lille plenum, og ikke i avdeling. Dessuten blir det som nevnt vanligere at domstolen henviser viktige saker til det lille plenum, noe som gir grunnlag for å slutte at saken har vært ansett for å være av stor betydning.

#### 2.6.4 Kan art. 151 rettferdiggjøre en handelshindring?

Vi har sett at art. 151 kan anses for å kodifisere Fellesskapets tidligere tiltak på kulturområdet. Temaet for dette avsnittet er om det også kan hevdes at art. 151 kodifiserer en form for ”mellomkategori” av kultur som lovlig allment hensyn. Med ”mellomkategori” mener jeg at art. 151 rettslig sett befinner seg *mellom* de traktatbaserte unntakene for spesifikke kulturgoder, som EF art. 30, og EF-domstolens anerkjennelse av kultur som lovlig allment hensyn. Spørsmålet blir dermed om art. 151 kan utgjøre grunnlag for å rettferdiggjøre en handelshindring.

Momenter som taler *for* at art. 151 kan tenkes å utgjøre en slik ”mellomkategori”, er for det første den betydelige likheten mellom EF-domstolens ”metode” ved godkjenning av kultur som lovlig allment hensyn, og de hensyn art. 151 gir uttrykk for. Når domstolen vurderer, og godkjenner, et kulturpolitisk hensyn i forhold til en handelshindring, tar jo domstolen nettopp ”kulturelle forhold i betraktning” under utøvelse av reglene om fri bevegelse, slik art. 151 forplikter Fellesskapet til. For det andre, hvilken praktisk funksjon skulle art. 151 ellers ha, dersom den ikke hadde vært å rettferdiggjøre en handelshindring? I motsatt fall oppstår det i så fall et motsetningsforhold mellom *nasjonal kultur* og *diskriminering* i EF-retten. På den ene siden pålegger art. 151 Fellesskapet en plikt til å bidra til at medlemsstatenes kulturer får utfolde seg og til å ta kulturelle forhold i betraktning, blant annet under utøvelse av sin virksomhet i henhold til reglene om fri bevegelse. På den annen side vil nasjonale ordninger som har som formål å fremme eller beskytte nasjonal kultur, men som virker *diskriminerende*, bare kunne rettferdiggjøres i de hensyn som kommer uttrykkelig til uttrykk i traktaten. Som

jeg har pekt på, er hensynet til nasjonale skatter i EF art. 30 traktatens eneste uttrykkelige kulturunntak. Selv for ikke-diskriminerende handelshindringer har vi sett at EF-domstolen tross alt har vært streng med å godkjenne kulturpolitiske hensyn. Dersom nasjonal kulturell utfoldelse stort sett vil bli ansett som diskriminering, og dermed ulovlig, hva er da poenget med art. 151?

For det tredje er det naturlig å tenke seg at traktatpartene, ved å introdusere en egen *avdeling* om kultur i EF-traktaten, ville ha noe mer enn en generell, politisk og uforpliktende ”fanebestemmelse”. At kultur skal ha høy prioritet i Fellesskapet, støttes også av uttalelser fra Kommisjonen i den tidligere nevnte ”kinomeddelelsen”.<sup>208</sup> Her slår Kommisjonen fast at introduksjonen av art. 151 innebærer ”(...) Community recognition to the *utmost* importance of promoting culture for the European Union and its Member States (min uthevning)”.<sup>209</sup> For det fjerde taler kulturunntaket i statsstøttereglene (jf. avsnitt 2.5 ovenfor) for at reglene om fri bevegelse også bør ha et slikt generelt, traktatbasert kulturunntak, ettersom reglene om fri bevegelse må regnes som minst like sentrale som statsstøttereglene og de andre konkurransereglene. Det er da naturlig at art. 151 utgjør et rettslig grunnlag for et slikt ”kulturunntak”, selv om bestemmelsen ikke gjelder spesifikt for reglene om fri bevegelse. Selv om momentene som nå er nevnt etter min oppfatning peker i retning av at art. 151 har status som en rettlig ”mellomkategori”, vil en endelig konklusjon nødvendigvis avhenge av hva EF-domstolen uttaler i en eventuell sak der art. 151 påberopes overfor en handelshindring.

## 2.7 Oppsummering

Vi ser av domstolens praksis at en rekke kulturpolitiske og andre kultureller hensyn har blitt godtatt som hensyn som *i prinsippet* kan rettferdiggjøre en ikke-diskriminerende handelshindring. Det er derimot ikke like mange eksempler på at slike hensyn *faktisk* har slått gjennom i konkrete saker, og dette er ofte fordi den aktuelle ordningen ikke tilfredsstiller kravet til proporsjonalitet. Men at domstolen har vært relativt streng på dette punktet, kan etter min oppfatning ikke uten videre tas til inntekt for at den er lite villig til å ta kulturpolitiske hensyn i betraktning ved vurderingen av et handels-

---

<sup>208</sup> COM (2001) 534 final, jf. note 165 ovenfor.

begrensende tiltak. Domstolen har satt opp klare kriterier, nemlig at hensynet som påberopes må være et hensyn i det offentliges interesse; ordningen som hensynet begrunner må ikke gå ut over det som er nødvendig for å oppnå formålet hensynet skal ivareta, og ordningen må gjelde uten å innebære nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling.

Det som er viktig å fastslå, slik jeg ser det, er at domstolen *overhodet* anerkjenner at kulturpolitiske hensyn kan rettferdiggjøre handelshindringer, særlig tatt i betraktning av at det her er tale om innskrenkninger av sentrale regler som omhandler det indre marked i EU. Anerkjennelsen av et visst rettslig spillerom for medlemsstatene på kulturområdet, som for eksempel kulturunntaket i statsstøttereglene innebærer, har som konsekvens en *mindre* grad av integrasjon på dette viktige området, enn den høye graden av *økonomisk* integrasjon som EU ellers gjennomfører. Dette siste er det viktig å ha in mente når vi nå beveger oss over til WTO-regelverket og dets befatning med kultur, og senere i forhold til EØS-avtalen.

---

<sup>209</sup> Jf. COM (2001) 534, s. 5.

### 3 KULTUR I WTO – STRICTLY BUSINESS?

#### 3.1 Innledning

Problemstillingen i dette kapitlet er om og i hvilken grad et WTO-medlem kan rettferdiggjøre en handelshindring i kulturpolitiske hensyn, og da først og fremst om kultur er et *lovlig allment hensyn* i WTO-retten.

WTO-regelverket består som nevnt av flere multilaterale handelsavtaler, og det ville føre for langt å behandle dem alle utførlig. Jeg kommer derfor til å konsentrere fremstillingen om GATT, av to hovedårsaker. For det første er WTOs medlemmer per i dag forpliktet i større grad etter GATT enn for eksempel etter GATS. Da GATS ble vedtatt kunne medlemmene velge å la være å binde opp tjenestesektorer, og dessuten få unntak fra generelle forpliktelser i avtalen. GATT er derfor langt på vei den avtalen som kan tenkes å ha størst innvirkning på nasjonal kulturpolitikk i dag. For det andre knytter de mest sentrale sakene fra WTOs tvisteløsningsorganer som har berørt nasjonal kulturpolitikk seg til bestemmelsen om nasjonal behandling i GATT art. III.

Først i dette kapitlet slår jeg fast et sentralt rettslig utgangspunkt i GATT-/WTO-ret, nemlig regelen om *nasjonal behandling*. Deretter behandler jeg de eksplisitte kulturunntakene i GATT. Deretter kommer jeg nærmere inn på begrepet ”*like products*” i GATT art. III, og undersøker om og i hvilken grad kulturpolitiske hensyn reflekteres her, eksemplifisert ved de *japanske alkoholskattesakene*. Videre behandler jeg *Canadian Periodicals-saken*,<sup>210</sup> som gjaldt kanadiske handelsrestriksjoner overfor utenlandske tidsskrifter, begrunnet i kulturpolitiske hensyn. Til slutt vil jeg drøfte om det er grunnlag for å hevde at kultur et lovlig allment hensyn i WTO-retten, slik som i EF-retten.

#### 3.2 Det rettslige utgangspunkt: nasjonal behandling

En av de mest sentrale bestemmelsene i GATT-avtalen og i WTO-regelverket forøvrig, er regelen om *nasjonal behandling*, som finnes i blant annet GATT 1947, GATS og

---

<sup>210</sup> *Canada – Certain Measures Concerning Periodicals*, WT/DS31/R (panelrapport av 14. mars 1997); WT/DS31/AB (ankeorganets rapport av 30. juni 1997, vedtatt av DSB 30. juli 1997).

TRIPS.<sup>211</sup> Nasjonal behandling innebærer en plikt for et medlemsland til å gi goder fra andre medlemsland minst like god behandling som den landet gir sine egne tilsvarende goder. Dersom land A for eksempel fritar en bestemt type innenlandsk brennevin for en avgift, følger det av regelen om nasjonal behandling at tilsvarende brennevin fra land B må fritas for den samme avgiften dersom det importeres til land A. Gjør det ikke det, vil avgiften på det importerte brennevinet utgjøre en *handelshindring*.

### 3.3 Eksplisitte kulturunntak

WTO-regelverket har få uttrykkelige kulturunntak. Før behandlingen av de to unntakene i GATT-avtalen, kan det være verdt å kaste et blikk tilbake i tiden, for å prøve å finne noe at bakgrunnen for behandlingen av kultur i den opprinnelige GATT-avtalen. På slutten av 1940-tallet så verden kulturelt sett annerledes ut enn i dag; fjernsynet var i begynnerfasen, radioens utbredelse var begrenset, video og datateknologi eksisterte ikke og tilgangen på aviser og tidsskrifter var lav.<sup>212</sup> Av kultursektorene var særlig filmindustrien preget av en sterk handelsmessig ubalanse mellom de industrialiserte land, i favør av USA.<sup>213</sup> Her hadde Hollywood vært overlegen siden 1920-tallet.<sup>214</sup> Det hevdes også at selve kulturbegrepet ble oppfattet annerledes på slutten av 1940-tallet enn det blir i dag, ettersom verdens land i større grad var isolert og hvor det var lettere å skille ett lands kultur fra et annet lands kultur.<sup>215</sup> På den annen side har kulturutveksling forekommet gjennom hele historien, med de midler mennesker til en hver tid har hatt til rådighet. Og spørsmålet om det er vanskeligere å skille kulturer fra hverandre i dag enn i 1940 har neppe et opplagt svar. I lys av situasjonen kan det godt tenkes at det under arbeidet med GATT ikke ble tenkt på å gi allmenngyldige bestemmelser om kultur, særlig fordi det var vanskelig å forutse den enorme kulturelle påvirkningskraft internasjonal handel skulle komme til å få, i tillegg til den raske utviklingen i kommunikasjonsteknologi.<sup>216</sup> På den annen side kan det like godt tenkes at de bestemmelsene som faktisk *ble* gitt om kultur, var ment å gi uttrykk for generelle hensyn (jf. avsnitt 3.9 nedenfor).

---

<sup>211</sup> Se GATT 1947 art. III, GATS art. XVII og TRIPS art. 3.

<sup>212</sup> Jf. Carmody, *When 'Cultural Identity was not at Issue': Thinking about Canada – Certain Measures Concerning Periodicals* s. 254.

<sup>213</sup> Jf. de Witte, *Trade in Culture*, s. 242.

<sup>214</sup> Jf. Carmody, s. 254.

<sup>215</sup> Ibid.

<sup>216</sup> Jf. Carmody, s. 254-255.

### 3.3.1 GATT art. IV – beskyttelse av kinofilm

Art. IV gir WTO-medlemmer rett til å innføre eller opprettholde kvoter for kinofilm. Filmkvotene kan innebære at innenlandsk kinofilm skal fremvises i et gitt minsteforhold av total fremvisningstid, i en nærmere angitt periode. Et land kan også innføre eller opprettholde kvoter for film av utenlandsk opprinnelse på samme betingelser. Art. IV er avtalens fremste kulturbestemmelse,<sup>217</sup> og er et unntak fra art. I om bestevilkårsbehandling og art. III om nasjonal behandling. Formålet med art. IV var å gi andre stater enn USA, særlig de europeiske, en mulighet til å etablere et beskyttet domene for sine daværende svake nasjonale filmindustrier.<sup>218</sup> Da handel med TV-programmer senere økte, påpekte USA at unntaket i art. IV skulle tolkes strengt til kun å gjelde *kinofilm*, mens prinsippet om nasjonal behandling måtte gjelde fullt ut for TV-programmer. EF hevdet at TV-programmer var tjenester, og derfor ikke var omfattet av GATT. Etter den såkalte Uruguay-runden<sup>219</sup> har det vært en klar oppfatning blant WTOs medlemmer om at handel med TV-programmer utelukkende skal reguleres etter GATS. Uruguay-runden og striden om audiovisuelle tjenesters rettslige stilling behandles nærmere i avsnitt 3.6 nedenfor.

Art. IV bokstav (a) slår fast at ”filmkvoter kan innebære at kinofilm av innenlandsk opprinnelse skal fremvises i et nærmere angitt minsteforhold (...) i en nærmere angitt periode på ikke mindre enn ett år”. Det er usikkert om ordet ”kan” innebærer at det også finnes andre lovlige kvoter enn de som nevnes i art. IV. Den generelle beskrivelsen av en kvote i bokstav (a) er åpent formulert, slik at de fleste ordninger som kaller seg ”kvoter” nok vil omfattes. Men gjelder ordet ”kan” også minsteperioden på ett år? *Kan* det med andre ord innføres en kvote som skal vare i mindre enn ett år, dersom den ellers oppfyller kravene i bestemmelsen? Dette er kanskje en upraktisk problemstilling. Når det i det hele tatt åpnes for å innføre eller opprettholde filmkvoter, vil nok de fleste være interessert i å beholde dem så lenge som mulig.

---

<sup>217</sup> Op. cit s. 255.

<sup>218</sup> Jf. de Witte, *Trade in Culture: International Legal Regimes and EC Constitutional Values*, s. 242.

<sup>219</sup> Uruguay-runden er den hittil lengste forhandlingsrunden om gradvis reduksjon av tollsatser m.m. på internasjonal handel. Runden varte fra 1986 til 1994 og endte med opprettelsen av WTO 1. januar 1995.

Art. IV setter ingen maksimumsgrense for kvotens periode. Bokstav (a) angir at en filmkvote innebærer fremvisning ”i en nærmere angitt periode”. Dette kan tolkes slik at kvoten, slik den først ble fastsatt, skal bestå i sin helhet innenfor den nærmere angitte periode. Den skal da ikke gjøres til gjenstand for forhandlinger innenfor denne perioden, jf. bokstav d). En forhandling innenfor kvoten ville i så fall kunne gjøre det vanskelig for innenlandske produsenter og distributører, som vil være økonomisk avhengige av å komme inn under en slik kvoteordning. Hensynet til forutberegnelighet taler for at en kvote skal bestå slik den først ble fastsatt, i den perioden som da ble angitt.

På den annen side oppstår spørsmålet om *når* det i så fall er meningen at kvoten skal gjøres til gjenstand for forhandlinger, om ikke ved enden av den fastsatte periode. Formålet bak art. IV var at særlig det europeiske kinomarkedet skulle styrkes vis-à-vis det amerikanske. Dette taler for at filmkvoter skal kunne gjøres til gjenstand for forhandlinger når det ikke lenger er grunnlag for å opprettholde dem. Her er det nødvendig å undersøke konkrete markeder. I motsatt fall ville det kunne fastsettes kvoter som tidsmessig var tilnærmet ubegrensede, basert på at disse ikke kunne gjøres til gjenstand for forhandlinger før etter at perioden var omme. Dette ville verken være i samsvar med formålet bak art. IV eller med de instrumenter som skal tas i bruk for å oppnå WTO-avtalens formål generelt.<sup>220</sup>

I henhold til bokstav (d) skal filmkvoter ”gjøres til gjenstand for forhandlinger med sikte på begrensning, lettelse eller opphevelse.” Det er naturlig å forstå dette slik at forhandling av en kvote kan omfatte både kvotens størrelse og periode. Det sentrale formålet med slike forhandlinger bør være å redusere den markedsmessige effekten av kvoten, som er at innenlandsk kinofilm får en større markedsandel enn utenlandsk kinofilm. Dette har vi også sett var formålet bak art. IV. Om dette formålet oppnås gjennom å begrense kvotens størrelse eller periode må da vurderes konkret i det enkelte tilfelle.

---

<sup>220</sup> *Målene* med WTO-samarbeidet er blant annet å heve levestandarden, å sikre full sysselsetting og en høy og jevnt stigende realinntekt, optimal utnyttelse av verdens ressurser og en bærekraftig utvikling, jf. første ledd i avtalens fortale. *Instrumentene* som skal iverksettes for å nå disse målene er blant annet ”vesentlig reduksjon av toll og andre handelshindringer samt avskaffelse av forskjellsbehandling i internasjonale handelsforbindelser”, jf. tredje ledd i fortalen.



Det gis ingen anvisning på *når* en kvote skal gjøres til gjenstand for forhandlinger med sikte på begrensning, lettelse eller opphevelse, eller *hvem* som kan kreve slike forhandlinger. Bokstav (d) sier heller ikke noe om *fornyelse* av kvoter. Det kan derfor umiddelbart virke som om bestemmelsen er ment å være en engangsbestemmelse: har en filmkvote først blitt innført, skal den enten begrenses eller oppheves etter at den fastsatte perioden er over, men ikke fornyes. Et slikt resultat stemmer likevel dårlig overens med formålet bak art. IV, som tilsier at filmkvoter bør kunne brukes som virkemiddel all den tid situasjonen på markedet tilsier det.

Art. IV gir adgang til både å opprettholde eksisterende kvoter og til å innføre nye. Det første kan omfatte både opprettholdelse av kvoter fra tiden før GATT trådte i kraft, og opprettholdelse av kvoter for en stat som tiltrer GATT på et senere tidspunkt enn dette. Men er det å innføre en kvote noe annet enn å fornye den? Det ser ikke ut til å være noe i veien for å innføre en ny kvote, uavhengig av en eventuell tidligere kvote (som må begrenses, lettes eller oppheves). En slik adgang vil imidlertid også kunne stride mot bestemmelsens formål, og undergrave plikten i bokstav (d), ettersom det da ville ha vært mulig å innføre regelmessige kvoter, som formelt sett var nye, men som reelt sett var en fortsettelse av en tidligere begrenset eller opphevet kvote. Den mest nærliggende tolkningen er derfor at en kvote bare kan innføres én gang. Vi ser at GATT art. IV gir adgang til både å opprettholde og å iverksette handelshindrende tiltak – filmkvoter – begrunnet i kulturpolitiske hensyn: hensynet til å verne og utbre nasjonal kultur slik denne kommer til uttrykk via filmmediet.

### 3.3.2 GATT art. XX (f) – beskyttelse av nasjonale skatter

Art. XX (f) gir adgang til handelsrestriksjoner av hensyn til beskyttelse av nasjonale skatter av kunstnerisk, historisk eller arkeologisk verdi. Bestemmelsen er ett av de alminnelige unntakene fra GATT-avtalens bestemmelser, og gir medlemmene rett til å innføre eller gjennomføre ulike typer forholdsregler, uten hensyn til andre bestemmelser i avtalen. Forutsetningen er at forholdsreglene ikke anvendes ”på en måte som vil medføre vilkårlig eller uberettiget diskriminering” eller at de ”ikke vil innebære skjulte

restriksjoner for den internasjonale handel”.<sup>221</sup> Art. XX (f) tjente i sin tid som modell for en tilsvarende bestemmelse i art. 30 i EF-traktaten (jf. avsnitt 2.4.1 ovenfor).<sup>222</sup>

Art. XX (f) fremstår som en beskyttelse av en avgrenset gruppe konkrete gjenstander, og gir begrenset vern for kulturhensyn generelt. Bestemmelsen har aldri vært tolket av noe GATT-panel,<sup>223</sup> og det synes å være uenighet i teorien hvorvidt unntak fra WTO-regelverket skal tolkes innskrenkende.<sup>224</sup> Man kan likevel spørre seg om bestemmelsen gir uttrykk for et mer allment prinsipp om at nasjonal kultur i utgangspunktet kan slå gjennom overfor GATT-forpliktelser. Dette drøftes nærmere i avsnitt 3.9 nedenfor. Et interessant trekk ved art. XX (f) og art. IV i GATT er at de omhandler henholdsvis de eldste og de nyeste kulturuttrykkene. ”Nasjonale skatter av kunstnerisk, historisk eller arkeologisk verdi” omfatter noen av de eldste kulturuttrykk og kulturgoder vi kjenner, mens film var blant de yngste kunstformene i 1947. Slik sett representerer de to bestemmelsene ytterpunktene av kulturuttrykk historisk sett. Dette kan tolkes som at GATT tar hensyn til hele spekteret av kulturgoder; når de eldste og de yngste omfattes, er det naturlig at også de imellom blir omfattet. En slik dynamisk tolkning av de to bestemmelsene til sammen gir uttrykk for et mer allment WTO-rettslig kulturvern. Motargumentet er den konkrete historiske bakgrunnen for bestemmelsene, som de må tolkes i lys av. Her fremgikk det at det antakeligvis nettopp ikke var meningen å knesette et allment kulturvern i GATT. Jeg kommer nærmere tilbake til betydningen av art. IV og art. XX (f) i avsnitt 3.9 nedenfor.

Nasjonale skatter av kunstnerisk, historisk eller arkeologisk verdi på den ene siden og kinofilm på den andre, er svært ulike både i form og uttrykksmåte. Andre kulturgoder kan derimot ha en større grad av likhet. Et begrep i GATT-/WTO-retten som fortjener oppmerksomhet i forbindelse med kulturhensyns rettslige stilling i WTO, er ”tilsvarende varer” (”like products”) i bestemmelsen om nasjonal behandling i GATT

---

<sup>221</sup> Jf. innledningen til GATT art. XX.

<sup>222</sup> Jf. de Witte, *Trade in Culture*, s. 242.

<sup>223</sup> Jf. Carmody, s. 256.

<sup>224</sup> Carmody (s. 256) mener at et grunnleggende GATT-prinsipp går ut på at unntak fra avtalen skal tolkes restriktivt, og henviser til saken *United States – Section 337 of the Tariff Act of 1930*, GATT Doc. L/6439 (7. november 1989) som grunnlag for dette. Verken Ruud m.fl. (s. 60) eller Fleischer (s. 47) mener derimot at restriktiv tolkning av unntak kan oppstilles som et *generelt* tolkningsprinsipp.

art. III:2 første punktum.<sup>225</sup> Jeg vil komme med noen generelle bemerkninger om begrepet i det følgende avsnitt.

### 3.4 Implisitte kulturunntak: "*like products*"

I avsnittene over har jeg tatt for meg hvordan kulturpolitiske hensyn i GATT kommer til uttrykk gjennom unntaksbestemmelser for konkrete kulturgoder. I de neste avsnittene skal det undersøkes om slike hensyn på en mer indirekte måte er beskyttet gjennom begrepet "tilsvarende varer".

#### 3.4.1 Innledning

Til tross for at analysen av begrepet "tilsvarende varer" ser tilsynelatende grei ut, har den blitt en av de mest komplekse og bestridte i GATT-/WTO-systemet.<sup>226</sup> GATT art. III:2 første punktum forbyr en stat å pålegge importerte utenlandske produkter "interne skatter og andre interne avgifter av enhver art" utover de som pålegges "tilsvarende varer av innenlandsk opprinnelse". Der den importerte varen er "tilsvarende" den innenlandske, kreves lik behandling for begge. Der de *ikke* er "tilsvarende" er det lettere for staten å begrense importen ved hjelp av avgifter, kvantitative restriksjoner eller andre handelsbegrensende tiltak.<sup>227</sup> Selv om to varer ikke er "tilsvarende" kan de likevel være direkte konkurrerende eller den ene varen kan direkte erstatte den andre.<sup>228</sup> Nasjonal behandling er i så fall påkrevet.

Analysen av begrepet "tilsvarende varer" omfatter to spørsmål: for det første hvilke faktorer som skal tas i betraktning for å bestemme om varene er "tilsvarende", og for det andre hvordan disse faktorene skal veies mot hverandre.<sup>229</sup> En GATT-arbeidsgruppe kom i 1970 frem til at visse faktorer måtte vurderes mot hverandre for å bestemme om to varer var "tilsvarende".<sup>230</sup> Disse var produktets endelige bruksområder ("end uses") i

---

<sup>225</sup> Bestemmelsen slår fast at varer som innføres fra ett medlemslands territorium til et annet ikke skal pålegges andre interne skatter og avgifter i dette landet enn de som legges på tilsvarende innenlandske varer ("like domestic products").

<sup>226</sup> Jf. Carmody, s. 269.

<sup>227</sup> Ibid.

<sup>228</sup> Skjønnsstemaet "en direkte konkurrerende vare eller en vare som direkte kan erstatte varen" fremkommer gjennom en supplerende bestemmelse til GATT art. III:2 annet punktum.

<sup>229</sup> Jf. Carmody, s. 270-271.

<sup>230</sup> Working Party on *Border Tax Adjustments*, 2. desember 1970, GATT B.I.S.D. (18. supplement), s. 97 (1970).

et gitt marked, konsumentenes smak og vaner, og produktets egenskaper og kvalitet. Det er verdt å merke seg at både objektive faktorer relatert til selve varen og subjektive faktorer knyttet til den kontekst varen nytes i, hørte med i vurderingen.<sup>231</sup> Dermed kan det sies at begrepet ”tilsvarende varer” på et vis legger opp til at det kan tas kulturpolitiske hensyn ved behandlingen av varer; de subjektive kriteriene som skal tas i betraktning ved analysen av begrepet vil typisk kunne reflektere slike hensyn. Vi skal nå se nærmere på to saker der dette temaet kom opp.

### 3.4.2 De japanske alkoholskattesakene

Hva har ulike tolkninger av begrepet ”tilsvarende varer” hatt å si for holdningen til kultur under GATT-/WTO-regelverket? Tvisteløsningsorganene i GATT/WTO har hatt en tendens til å snevre inn arbeidsgruppens definisjon og fokusere mest på de objektive faktorene i analysen. De har stort sett lagt vekt på økonomiske og lett målbare størrelser, til fortrengsel for faktorer knyttet til den sosiale og kulturelle kontekst en vare konsumeres i.<sup>232</sup> Et eksempel på dette er saken *Japan – Customs Duties*.<sup>233</sup> Bakgrunnen for saken var at Japan hadde lavere avgifter på en spesiell type egenprodusert brennevin enn på brennevin importert fra utlandet. Dette ble gjort for å beskytte det japanske brennevinet, som etter det japanske syn var en del av japansk kulturtradisjonen. Panelet kom likevel til at det japanske brennevinet var ”a directly competitive or substitutable product” i forhold til utenlandsk brennevin, som innebar at den høyere avgiften på utenlandsk brennevin var i strid med GATT art. III:2.<sup>234</sup>

Panelet la her stor vekt på konsumenters vaner i forhold til økonomiske størrelser som pris, tilgjengelighet og konkurransemessige likheter, uten å vurdere produktets kulturelle kontekst. Det har i tillegg vært debattert hvorvidt *måten* en vare har blitt produsert på skal tas i betraktning ved avgjørelsen om to varer er ”tilsvarende”, i tillegg til karakteristikker av selve varen.<sup>235</sup> I saken *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*,<sup>236</sup>

---

<sup>231</sup> Jf. Carmody, s. 271.

<sup>232</sup> Op. cit s. 272.

<sup>233</sup> *Japan – Customs Duties, Taxes and Labeling Practices on Imported Wines and Beverages*, panelrapport av 10. november 1987 (L/6216 – 34S/83).

<sup>234</sup> Jf. s. 168 i panelrapporten.

<sup>235</sup> I panelrapport av 3. September 1991 i *United States – Complaint Concerning Restrictions on Imports of Tuna*, kom panelet til at USA ikke kunne forby import av tunfisk som var fisket på en slik måte at et stort antall delfiner ble drept. Rapporten er ikke vedtatt av DSB.

<sup>236</sup> *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, ankeorganets rapport av 4. oktober 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R.

som oppstod som følge av at Japan ikke rettet seg etter avgjørelsen i *Japan – Customs Duties*, slo panelet fast at ”tilsvarende” måtte gis en snever tolkning og at den korrekte testen for om to varer var ”tilsvarende” begrenset seg til varens fysiske egenskaper og tollmessige klassifisering.<sup>237</sup> Å ta i betraktning måten varen var blitt til på ville dermed være uriktig. Heller ikke i vurderingen av hvorvidt varene var ”substituerbare”, som språklig sett favner videre enn ”tilsvarende”, fant ankeorganet plass for å vurdere mer subjektive faktorer.<sup>238</sup>

Begge de to japanske alkoholskattesakene viser at WTOs tvisteløsningsorganer foretar en restriktiv og snever tolkning av ”tilsvarende varer”. Det skal med andre ord mye til for å hevde at to varer *ikke* er ”tilsvarende”, av kulturelle årsaker, for derved lettere å kunne behandle den ene mer fordelaktig. Det er god grunn til å hevde at tvisteløsningsorganene dermed mislykkes i å oppnå den balansen mellom subjektive og objektive kriterier i vurderingen, slik GATT-arbeidsgruppen opprinnelig gav anvisning på. Dermed er det en viss fare for at kulturhensyn ikke blir tatt hensyn til i den grad de burde.<sup>239</sup>

Det kan hevdes at adgangen til å iverksette handelsbegrensende tiltak begrunnet i kulturpolitiske hensyn har sammenheng med vurderingen av begrepet ”tilsvarende varer” i GATT art. III:2, og at adgangen avhenger av hvor strengt begrepet tolkes av tvisteløsningsorganene. Så langt har vi sett at begrepet tolkes snevert, og at adgangen til å ta kulturpolitiske hensyn ”via” art. III:2 dermed også er snever.

### 3.4.3 ”Produkt/prosess”-doktrinen

Ved vurderingen av om to produkter er ”tilsvarende” så vi at tvisteløsningsorganene blant annet la vekt på egenskaper ved selve varen. Å ta i betraktning måten varen var blitt til på ble derimot avvist som uriktig. Dette siste kalles gjerne ”produkt/prosess”-doktrinen.<sup>240</sup> Doktrinen går i korte trekk ut på at en importrestriksjon er i strid med regelen om nasjonal behandling i GATT dersom den iverksettes på bakgrunn av måten et produkt er blitt fremstilt på, med andre ord en importrestriksjon knyttet til

---

<sup>237</sup> Jf. premissene 6.18 og 6.22 i ankeorganets rapport.

<sup>238</sup> Jf. premiss 6.22 i ankeorganets rapport.

<sup>239</sup> Jf. Carmody, s. 276.

<sup>240</sup> Jf. Hudec, *The Product – Process Doctrine in GATT/WTO Jurisprudence*, s. 187.

produksjonsprosessen. Motstykket er en importrestriksjon basert på egenskaper ved selve produktet. Overfor en importrestriksjon knyttet til produksjonsprosessen kan ingen av de alminnelige unntakene i GATT art. XX påberopes. Dette gjelder likevel ikke dersom måten et produkt er fremstilt på har hatt innvirkning på produktets egenskaper.<sup>241</sup>

”Produkt/prosess”-doktrinen ble første gang lagt til grunn i den første *Tuna/Dolphin*-saken fra 1991.<sup>242</sup> USA hadde iverksatt importforbud mot tunfisk som var fisket på en slik måte at delfiner tok skade av det. Importforbudet ble funnet å være i strid med GATT. Panelet kom til at unntakene i art. XX ikke kom til anvendelse, fordi importforbudet var basert på *måten* tunfisken var fisket på, og ikke egenskaper ved selve fisken. Måten fiskeingen var foregått på hadde ingen innvirkning på fiskens egenskaper eller kvalitet. Da WTO ble opprettet i 1995, hadde ingen av de til da tre sakene hvor ”produkt/prosess”-doktrinen hadde blitt lagt eksplisitt til grunn, blitt vedtatt av DSB, og det var usikkert hvorvidt doktrinen kunne anses som gjeldende GATT-/WTO-rett.<sup>243</sup> I tiden etter opprettelsen av WTO har tre paneler gitt sin tilslutning til doktrinen, og en rekke rettsteoretikere har antatt at den i dag er etablert GATT-/WTO-rett. På den annen side har ikke ankeorganet i noen av de tre sakene måttet ta stilling til de respektive panelers anvendelse av doktrinen, og i to av sakene kan ankeorganets resultat til og med tolkes slik at det strider med kravene som stilles i doktrinen.<sup>244</sup> I tillegg bidrar ulike interessegruppers økende innflytelse i WTO til at doktrinen antakeligvis vil bli gjenstand for fremtidig debatt, og at en endelig anerkjennelse derfor fremdeles ikke kan tas for gitt.<sup>245</sup>

*Canadian Periodicals*-saken er sentral for analysen av begrepet ”tilsvarende varer”. Også ”produkt/prosess”-doktrinen er vesentlig i denne sammenhengen, da den kan sies å ligge til grunn for hele drøftelsen av ”tilsvarende varer”, selv om panelet i *Canadian Periodicals* ikke gjør noe forsøk på å klargjøre sitt forhold til den.<sup>246</sup>

---

<sup>241</sup> Ibid.

<sup>242</sup> *United States – Restrictions on Imports of Tuna (Tuna/Dolphin I)*, GATT, BISD, 39S/155-205 (1993), ikke vedtatt av DSB. Doktrinen ble ikke lagt eksplisitt til grunn, men kan utledes av panelets drøftelser.

<sup>243</sup> Jf. Hudec, s. 189.

<sup>244</sup> Hudec mener dette gjelder for *Canadian Periodicals*- og *Reformulated Gasoline*-sakene (s. 189).

<sup>245</sup> Hudec nevner som eksempler interessegrupper som arbeider med naturmiljø, arbeideres rettigheter og menneskerettigheter, men ikke kultur (s. 190).

<sup>246</sup> Jf. Hudec, s. 213.

### 3.5 *Canadian Periodicals*-saken

#### 3.5.1 Innledning

Twisten i *Canadian Periodicals*-saken gjaldt tre tiltak iverksatt av Canada overfor en viss kategori utenlandske tidsskrifter. De tre tiltakene var et importforbud, en avgift på tidsskriftenes reklamedel og en spesielt gunstig forsendelsesordning som kun gjaldt kanadiske utgivere. Formålet med tiltakene var å beskytte det økonomiske grunnlaget til den kanadiske tidsskriftindustrien, som ble ansett som en sentral formidler av kanadisk kultur og identitet. Det var hovedsakelig amerikanske tidsskrifter som ble skadelidende som følge av tiltakene, og USA brakte saken inn for WTOs tvisteløsningsorganer med påstand om at tiltakene var i strid med Canadas forpliktelser etter GATT. I sin rapport konkluderte panelet med at importforbudet var i strid med GATT art. XI:1 og at avgiften var i strid med GATT art. III:2, mens forsendelsesordningen kunne rettferdiggjøres under unntaket i GATT art. III:8 (b).<sup>247</sup> Både USA og Canada anket avgjørelsen, og ankeorganet konkluderte med at alle de tre kanadiske tiltakene var i strid med GATT.<sup>248</sup> Verken panelet eller ankeorganet tok hensyn til eller drøftet det kulturpolitiske formålet bak tiltakene. I sin rapport uttalte panelet: "(...) the ability of any Member to take measures to protect its cultural identity was not at issue in the present case."<sup>249</sup> En av de svært få sakene fra WTOs tvisteløsningsorganer som berører kultur, påstår derfor selv, paradoksalt nok, at den *ikke* gjør det.

#### 3.5.2 Bakgrunn

USA og Canada har flere likheter, som felles grense, språk og til en viss grad parallell historie, samt et av verdens mest omfattende frihandelsforhold. Likevel finnes det ulikheter mellom amerikanere og kanadiere, blant annet på det kulturelle området. Som *Carmody* formulerer det ble USA grunnlagt ved revolusjon og forandring, og har siden strebet etter "liv, frihet og jakt på lykke", mens det moderne Canada har sine røtter i lojalitet til den Britiske Kronen, noe som innebærer en fast tro på kontinuitet og status

---

<sup>247</sup> Jf. premiss 6.1 i panelrapporten.

<sup>248</sup> Jf. s. 36 i ankeorganets rapport.

<sup>249</sup> Jf. premiss 5.45 i panelrapporten.

quo.<sup>250</sup> Denne ulikheten har bidratt til en viss kanadisk usikkerhet om hvorvidt amerikansk kultur og tenkemåte har vært og er noe for dem, eller om det er bedre å utvikle og satse på egen kultur. Spørsmålet om hva som er genuint ”kanadisk” har vært gjenstand for omfattende offentlig debatt i Canada, og siden 1929 har hele syv offentlige undersøkelseskommisjoner kartlagt ”utfordringer for kanadisk kultur”, uten at dette har gitt varige resultater.<sup>251</sup> Det moderne Canada har derfor utviklet et særlig beskyttelsesforhold overfor egen kultur og identitet.

Samtidig er kanadiere ivrige konsumenter av amerikansk kultur, og ofte svært oppdaterte på amerikanske forhold. Dette kan ikke sies å gjelde for mange amerikanere i forhold til kanadiske forhold, og det er derfor utbredt kanadisk misnøye med det mange oppfatter som amerikansk arroganse og uvitenhet.<sup>252</sup> I tillegg har amerikanske kulturprodukter, av språklige og geografiske årsaker, lett for å finne veien til Canada, ofte til fortrengsel for kanadiske, som ikke representerer noen reell konkurranse for de amerikanske. Denne kulturstrømmen har tidvis skjerpet kanadiernes følelse av kulturell invasjon, en oppfatning som er sentral for å forstå bakgrunnen for tiltakene Canada iverksatte.<sup>253</sup>

Amerikansk deltagelse i kanadisk forlagsvirksomhet i 1960-årene, og særlig i markedsføringen av såkalte ”split-run”-utgaver av amerikanske tidsskrifter, bidrar til å skjerpe kanadiernes trusselfølelse. En ”split-run”-utgave er en spesialutgave av et tidsskrift, beregnet på et annet land enn utgivelseslandet. ”Split-run”-utgaven inneholder en viss andel reklame rettet særskilt mot det land det er beregnet på, som ikke forekommer i utgivelseslandets utgave. Resten av innholdet i ”split-run”-utgaven er identisk med utgaven i utgivelseslandet. Den kanadiske bekymringen overfor amerikanske ”split-run”-tidsskrifter går ut på at gjennom å kapre reklameinntekter fra det kanadiske markedet, setter ”split-run”-utgavene Canadas tidsskriftindustri i fare. Den underliggende forutsetning er at en blomstrende nasjonal magasin- og tidsskriftindustri vil medvirke til å verne kanadisk kulturell identitet.<sup>254</sup> En

---

<sup>250</sup> Jf. Carmody, s. 277.

<sup>251</sup> Op. cit s. 278.

<sup>252</sup> Op. cit s. 279.

<sup>253</sup> Ibid.

<sup>254</sup> Jf. Tawfik, *Competing Cultures: Canada and the World Trade Organization – The Lessons from Sports Illustrated*, s. 281.



regjeringsoppnevnt kommisjon konkluderer med at nasjonale beskyttelsestiltak til fordel for den kanadiske tidsskriftindustrien bør iverksettes, og i 1965 iverksetter den kanadiske regjeringen to tiltak.<sup>255</sup> Det ene er Tariff Code 9958, som ble vurdert i *Canadian Periodicals*-saken.<sup>256</sup> Tariff Code 9958 forbyr import av tidsskrifter som inneholder reklame rettet primært mot det kanadiske marked, hvor disse reklame ikke forekommer i utgivelseslandets utgave.<sup>257</sup> Tiltaket fører til at nærmere 68 prosent av tidsskriftene som sirkulerer i Canada i 1992 er kanadiske, mot en fjerdedel på begynnelsen av 1960-tallet, da den regjeringsoppnevnte kommisjonen ble nedsatt.<sup>258</sup> Likevel må kanadiske tidsskrifter fortsatt finne seg i lav omsetning og hard konkurranse fra utenlandske tidsskrifter.

I midten av 1980-årene øker Canadas bevissthet om at landets økonomiske fremtid ligger i Nord-Amerika og i en større markedsorientering i sin hjemlige økonomi.<sup>259</sup> Canadas tanke er at en omfattende regional handelsblokk mellom Canada og USA vil gjøre landet mer konkurransedyktig i et globalt marked og mer attraktivt for direkte utenlandske investeringer.<sup>260</sup> Selv om mange kanadiere støtter et nærmere økonomisk samarbeid med USA, er mange også bekymret for den økte amerikanske kulturelle innflytelsen en slik avtale vil føre med seg. Under forhandlingene om Frihandelsavtalen mellom Canada og USA (FTA)<sup>261</sup> setter ulike grupper av kunstnere, støttet av en bred folkelig opinion, i gang en storstilt kampanje for beskyttelse av kanadisk kultur under avtalen.<sup>262</sup> Delvis som følge av denne protesten nekter Canada å undertegne FTA dersom ikke avtalen gjør unntak for kulturindustriene ("the cultural industries"). USA går motvillig med på et slikt unntak, men på den betingelse at hver av partene får rett til mottiltak i tilfelle en av dem iverksetter kulturpolitiske tiltak i strid med avtalen for øvrig.<sup>263</sup> FTA inngås 2. januar 1988. Kulturunntaket i avtalen blir senere inkorporert i

---

<sup>255</sup> Jf. Carmody, s. 280.

<sup>256</sup> Jf. premissene 5.4 flg. i panelrapporten.

<sup>257</sup> Jf. Carmody, s. 280-281.

<sup>258</sup> Op. cit s. 281.

<sup>259</sup> Op. cit s. 282.

<sup>260</sup> Jf. White, *The Implications of the FTA and NAFTA for Canada and Mexico*, s. 3.

<sup>261</sup> *Canada-U.S. Free Trade Agreement*, av 2. januar 1988, i kraft 1. januar 1989.

<sup>262</sup> Jf. Carmody, s. 282.

<sup>263</sup> Se FTA art. 2005(1), jf. Mørkedal, *L'Exception culturelle*, s. 5.

*North American Free Trade Agreement* (NAFTA),<sup>264</sup> mellom USA, Canada og Mexico.<sup>265</sup>

I 1993 annonserer det amerikanske tidsskriftet *Sports Illustrated* at det vil utgi en kanadisk ”split-run”-utgave.<sup>266</sup> Måten dette skal gjøres på er å sende redaksjonelt innhold elektronisk til Canada, og deretter trykke tidsskriftet der. Dermed omgås Tariff Code 9958, som bare omfatter *varer*. Den kontroversielle planen fører til nedsettelse av en kanadisk føderal kommisjon, med mandat til å vurdere ytterligere støttetiltak til den kanadiske tidsskriftindustrien. Kommisjonens rapport gir uttrykk for bekymring for innenlandske tidsskrifters økonomiske situasjon i tilfelle utenlandske ”split-run”-tidsskrifter innvilges innpass i Canada. Kommisjonen foreslår å innføre en avgift på 80 prosent av det totale beløp det koster å reklamere i én utgave av et tidsskrift. Avgiften gjelder ”split-run”-utgaver, definert som tidsskrifter utgitt i Canada, hvor minst 20 prosent av innholdet er identisk med innholdet i utgaven publisert i tidsskriftets hjemland, og som inneholder reklame som ikke forekommer i ikke-kanadiske utgaver.<sup>267</sup> Formålet med avgiften er, i likhet med Tariff Code 9958, å hindre ”split-run”-tidsskrifter i å kapre kanadiske reklameinntekter.<sup>268</sup> Innføringen av avgiften bør også ses på bakgrunn av den kanadiske uroen som hersker etter ”kulturkompromisset” med USA i forbindelse med inngåelsen av FTA.<sup>269</sup>

*Sports Illustrated Canada* begynner sine utgivelser i april 1993.<sup>270</sup> På bakgrunn av anbefalingene fra kommisjonen vedtar Canada avgiften i desember 1995.<sup>271</sup> Effekten er overveldende: *Sports Illustrated Canada* slutter å publisere allerede 12. desember samme år.<sup>272</sup> I mars 1996 anmoder USA om konsultasjoner med Canada i henhold til DSU art. 4(1), i forbindelse med tiltakene mot ”split-run”-tidsskrifter. WTOs tvisteløsningsmekanisme settes dermed i gang.

---

<sup>264</sup> *North American Free Trade Agreement*, av 17. desember 1992.

<sup>265</sup> Se NAFTA art. 2106, jf. annek 2106.

<sup>266</sup> Jf. Carmody, s. 283-284.

<sup>267</sup> Jf. *Canadian Periodicals*, premiss 2.7 i panelrapporten.

<sup>268</sup> Jf. Hudec, s. 211.

<sup>269</sup> Jf. Carmody, s. 283.

<sup>270</sup> Op. cit s. 286.

<sup>271</sup> *An Act to Amend the Excise Tax Act and the Income Tax Act*, kapittel 46, 1994-95, S.C. 1 (Can.).

<sup>272</sup> Jf. *Canadian Periodicals*, premiss 3.121 i panelrapporten.

Før panelet kom så langt som til å klargjøre at deres oppgave i *Canadian Periodicals*-tvisten kun var å vurdere lovligheten av de kanadiske tiltakene, ikke de politiske hensynene bak, måtte det ta stilling til hvorvidt GATT-avtalen kom til anvendelse overhodet. Canada hevdet nemlig at avgiften var omfattet av GATS-avtalen. Før jeg kommer inn på panelets vurdering av dette spørsmålet, vil jeg si noe generelt om forholdet mellom GATT og GATS.

### 3.5.3 GATT eller GATS?

En rekke kulturgoder har elementer av både vare og tjeneste, slik at både GATT og GATS i utgangspunktet kan komme til anvendelse. Problemstillingen under dette punktet er hvilke rettslige konsekvenser det har dersom et kulturgode omfattes av både GATT og GATS. Ved inngåelsen av GATS var det en vid adgang for medlemsstatene til unntak og reservasjoner fra avtalens forpliktelser, en adgang som ikke har foreligget for GATT sitt vedkommende. Det kan derfor være fristende for en stat å forsøke å omgå forpliktelser i GATT ved å klassifisere et bestemt gode som en tjeneste, og så vise til at den ikke har forpliktet akkurat denne tjenestesektoren til liberalisering. Spørsmålet om hvilket av regelverkene som kommer til anvendelse er derfor avgjørende for hvor stor adgang staten har til å treffe handelsbegrensede tiltak begrunnet i kulturpolitiske hensyn i forhold til dette godet. Et eksempel på et kulturgode som både kan ha vare- og tjenesteelementer er kinofilm. På den ene siden krysser den landegrenser i fysiske beholdere, med andre ord som en vare. Dette kommer til uttrykk gjennom bestemmelsen om kvoter i GATT art. IV. På den andre siden regnes både produksjon, distribusjon og visning av kinofilm som *tjenester*.<sup>273</sup>

Jeg vil nå se på hvordan WTO-avtalen løser konflikter med motstrid mellom flere regelverk. Vedleggene til WTO-avtalen lister opp de avtaler som skal gjelde som deler av WTO-regelverket. Vedlegg 1A omfatter blant annet GATT 1994 og avtalen om subsidier. Vedlegg 1B gjelder GATS og vedlegg 1C gjelder TRIPS. Den forklarende merknaden til vedlegg 1A slår fast at i tilfelle konflikt mellom en bestemmelse i GATT 1994 og en bestemmelse i en annen avtale i vedlegg 1A, skal bestemmelsen i den annen avtale gå foran. Dette innebærer blant annet at subsidieavtalen går foran GATT 1994 ved

en eventuell konflikt mellom disse to. Eksistensen av en bestemmelse om hvilke regelverk som skal gå foran i tilfelle konflikt, taler for at regelverkene nevnt i vedlegg 1A har ulik trinnhøyde. Merknaden til vedlegg 1A gir anvisning på løsning av en eventuell konflikt som følge av denne ulikheten.

GATS-avtalen er ikke nevnt i vedlegg 1A og er dermed ikke omfattet av merknaden om regelkonflikter. Det er heller ingen andre bestemmelser i WTO-regelverket som regulerer eventuelle konfliktsituasjoner mellom GATT 1994 og GATS. At en bestemmelse om motstrid mangler taler for at GATS og GATT har samme trinnhøyde. Hadde det vært meningen at den ene avtalen skulle gå foran den andre i tilfelle konflikt, ville det vært naturlig at det fantes en bestemmelse om dette, tilsvarende merknaden til vedlegg 1A.<sup>274</sup> Dette innebærer at forpliktelser i henhold til én avtale aldri kan settes til side av den andre. Det følger av dette at GATT og GATS har lik trinnhøyde. Vi må derfor se nærmere på panelets og ankeorganets behandling av forholdet mellom GATT og GATS i *Canadian Periodicals*, for å finne ut mer om de rettslige konsekvensene av overlapping.

I saken anførte Canada at avgiften måtte anses lagt på en tjenesteytelse, reklame i tidsskriftene, og at GATS derfor kom til anvendelse. I så fall ville Canada ikke være forpliktet til prinsippet om nasjonal behandling, ettersom landet hadde valgt å ikke inkludere denne tjenestesektoren i GATS. Avgiften måtte derfor være lovlig. Selv om et tidsskrift riktignok har elementer av både vare og tjeneste, kunne et slikt tilfelle av overlapping mellom GATT og GATS ikke undergrave deres rett til å unnta en tjenestesektor fra GATS, med den handelsmessige frihet en slik rett innebærer.<sup>275</sup> USA på sin side mente det avgjørende var at reklamedelen og det øvrige innholdet i tidsskriftet til sammen utgjorde et fysisk produkt, selve tidsskriftet. Forholdet måtte derfor reguleres av GATT-avtalen, der Canada ville være forpliktet til nasjonal behandling. Både panelet og ankeorganet kom til at reklame måtte sees som en del av

---

<sup>273</sup> Jf. GATS' klassifiseringsliste for tjenestesektoren, MTN.GNS/W/120. Audiovisuelle tjenester er undersektor D av kategorien "kommunikasjonstjenester", og produksjon, distribusjon og fremvisning av spillefilm hører til underkategorier av denne igjen.

<sup>274</sup> Slik konkluderer panelet i premiss 5.17 i sin rapport. Rapporten slår fast at forpliktelsene i henhold til GATT og GATS kan eksistere side om side og at den ene ikke utelukker den andre, basert på en vanlig språklig forståelse av ordlyden i GATT og GATS, samt art. II:2 i WTO-avtalen. Ankeorganet slutter seg til denne uttalelsen (på s. 20) og legger til at ikrafttreddelsen av GATS ikke innsnevrer virkeområdet for GATT.

det fysiske produkt et tidsskrift utgjør. Avgiften var med andre ord lagt på en vare, og GATT var anvendelig. Avgiften ble da funnet å stride mot GATT art. III:2.

Panelet medgir at overlappinger mellom GATT og GATS er uunngåelige, men at de likevel ikke undergraver sammenhengen i WTO-regelverket.<sup>276</sup> Panelet støtter seg på tidligere vedtatte panelrapporter, der spørsmål som har berørt tjenester har blitt behandlet innen rammene av GATT.<sup>277</sup> For kulturgoders vedkommende vil derfor overlapping mellom GATT og GATS kunne finne sted. Til slutt, i premiss 5.19, foretar panelet noe som virker som en snedig vri. Canada vedgår at det i denne saken ikke er noen konflikt mellom Canadas forpliktelser under GATT og GATS.<sup>278</sup> Derfor konkluderer panelet med at det ikke er noen grunn til at ikke *både* GATT- og GATS-forpliktelser skal gjelde, og at GATT art. III dermed er anvendelig på avgiften. Ankeorganet finner det ikke nødvendig å uttale seg om hvorvidt det kan forekomme overlappinger mellom GATT og GATS, siden både USA og Canada er enige om at dette ikke er en relevant problemstilling i ankeomgangen.<sup>279</sup> For øvrig slutter ankeorganet seg til panelets konklusjoner.

Verken panelet eller ankeorganet går nærmere inn på *hvordan* overlapping mellom GATT og GATS skal håndteres. Panelet kommer riktignok til at de to regelverkene overlapper hverandre, men det er uklart hvilke rettslige vurderinger som ligger til grunn for panelets valg av regelverk. *Canadian Periodicals*-saken gir dermed ingen klare prinsipper for valg av rettssystem i tilfelle overlapping mellom GATT og GATS, selv om det kan se ut som om panelet ved slike tilfeller legger til grunn GATT ut i fra at dette regelverket er strengere overfor medlemmene og dermed det mest ”frihandelsvennlige” av de to. Der et medlem har en forpliktelse etter GATT, skal det ikke være mulig å løpe fra denne ved å klassifisere et gode som en tjeneste, og slik omgå GATT-forpliktelser. Et slikt synspunkt lar seg forsvare, dersom det ses på bakgrunn av at tvisteløsningsorganene vanligvis tolker WTO-regelverket strengt etter ordlyden og ellers legger opp til en streng linje overfor brudd på en såpass sentral regel som nasjonal behandling. Samtidig blir resultatet av en slik tilnærming at Canadas

---

<sup>275</sup> Jf. premissene 3.35 og 5.14 i panelrapporten.

<sup>276</sup> Jf. premiss 5.18 i panelrapporten.

<sup>277</sup> Jf. premiss 5.19 i panelrapporten.

<sup>278</sup> Jf. premiss 3.38 i panelrapporten.

<sup>279</sup> Jf. ankeorganets rapport, s. 20.

plikter etter GATT veier tyngre enn dets *rettigheter* etter GATS. Selv om det følger av WTO-avtalen at GATT og GATS formelt sett har lik trinnhøyde, blir resultatet her at GATT i realiteten går foran.

Etter klarleggingen av hvilket regelverk som kom til anvendelse, er det neste sentrale spørsmålet å avklare hvordan tvisteløsningsorganene forholder seg til de kulturpolitiske hensynene som i følge Canada var bakgrunnen for tiltakene.

### 3.5.4 Kultur i panelet

I løpet av noen korte avsluttende bemerkninger klargjør panelet at "(...) the ability of any Member to take measures to protect its cultural identity was not at issue in the present case."<sup>280</sup> Dette fremkommer også mer generelt tidligere i rapporten: "(...) it should be noted, however, that we are neither examining, nor passing judgment on the *policy objectives* of the Canadian measure regarding periodicals".<sup>281</sup> Likevel er det panelets oppgave å "(...) examine the *instruments* chosen by the Canadian Government for the attainment of such policy objectives (mine uthevninger)".<sup>282</sup> Panelets eneste oppgave er med andre ord å vurdere lovligheten av tiltakene uavhengig av hvilke politiske hensyn som måtte ligge til grunn for dem.

De avsluttende bemerkningene kan tolkes på flere måter. For det første kan de tolkes som at adgangen til å treffe tiltak til beskyttelse av nasjonal kultur og identitet etter GATT er så begrenset at det skal mer til før dette *blir "at issue"*. Enda mer tungtveiende kulturpolitiske hensyn måtte vel da gjøre seg gjeldende, uten at verken panel eller ankeorgan gir noen nærmere anvisning på slike. For det andre kan bemerkningen tolkes slik at et medlems adgang til å treffe tiltak til beskyttelse av egen kultur ikke berøres av avgjørelsen i det hele tatt, fordi den gjaldt helt andre rettsspørsmål. Adgangen er derfor verken styrket eller svekket etter avgjørelsen. Det bekreftes likevel at den er til stede, men ikke i en sak som denne. Ifølge en slik tolkning må panelet ha foretatt en ganske så subtil gresedragning mellom det politiske grunnlaget for et tiltak og selve tiltaket isolert sett, og dette er i så fall å gå vel langt i "*distinguishing the case*". For når skulle kultur ellers være et tema, om ikke nettopp i en sak som denne?

---

<sup>280</sup> Jf. premiss 5.45 i panelrapporten.

<sup>281</sup> Jf. premiss 5.9 i panelrapporten.

En tredje og mer sannsynlig tolkning er at det er helt greit for staten å treffe tiltak til beskyttelse av nasjonal kultur og identitet, så lenge disse er i samsvar med WTO-regelverket.<sup>283</sup> Det er da nærliggende å tolke panelet slik at det politiske formålet bak et tiltak er irrelevant ved vurderingen av tiltakets lovlighet etter GATT. Panelets utgangspunkt kan muligens forsvares dersom man ser det på bakgrunn av at den opprinnelige GATT-avtalen først og fremst var ment å skulle bidra til *økonomisk* vekst i verden, uten å influere på medlemmenes kulturpolitikk eller andre områder som ikke var *rent økonomiske*. I dag er virkeligheten en annen, og panelet tolker seg på en måte bort fra denne virkeligheten ved ikke å vurdere det handelsbegrensende tiltakets politiske og sosiale kontekst. Her kunne panelet for så vidt ha kommet til at formålet med tiltakene i denne konkrete saken ikke stod i forhold til de handelsmessige virkningene av dem, med andre ord en forholdsmessighetsvurdering. Det kritikkverdige er at hensynet ikke tas opp overhodet.

Canada anførte at amerikanske "split-run"-tidsskrifter ikke kunne være "tilsvarende varer" som kanadiske.<sup>284</sup> Innholdet i kanadiske tidsskrifter har et innhold som reflekterer kanadisk kultur og som fyller spesifikke behov på det kanadiske markedet som amerikanske "split-run"-tidsskrifter ikke gjør, til tross for at tidsskriftene rent ytre sett er like. Panelet tok bare stilling til hvorvidt kanadiske tidsskrifter var "tilsvarende varer" som amerikanske, og behandlet ikke spørsmålet om hensynet bak de kanadiske tiltakene gjorde at disse var lovlige.

I følge USAs anførsler i *Canadian Periodicals* representerte forskjellsbehandlingen av tidsskriftene som følge av avgiften på "split-run"-tidsskrifter et brudd med "produkt/prosess"-doktrinen. Avgiften var nemlig ikke basert på en produktkarakteristikk,<sup>285</sup> men på en karakteristikk av *produsenten*; det samme identiske tidsskriftet kunne være enten "split-run" eller "non split-run", avhengig av hva vedkommende

---

<sup>282</sup> Jf. premiss 5.9 i panelrapporten.

<sup>283</sup> Slik Tawfik, s 293.

<sup>284</sup> Jf. annet avsnitt, s. 6, i ankeorganets rapport. Slik også Tawfik, som legger vekt på at et tidsskrift må behandles som et medium for kommunikasjon, og ikke bare som et fysisk objekt. Et tidsskrift med redaksjonelt innhold rettet mot et kanadisk publikum kan således aldri erstattes av et utenlandsk tidsskrift (s. 294).

<sup>285</sup> Jf. Hudec, s. 212.

produsent foretok seg i et annet marked.<sup>286</sup> Canada på sin side gikk med på at avgiften var basert på karakteristikk ved produsenten, men mente dette var et tilfelle der disse faktisk relaterte seg til karakteristikken av selve produktet, tidsskriftet. Det var jo nettopp innholdet i tidsskriftet, en produktkarakteristikk, som var grunnlaget for avgiften: viktigheten av å verne kanadisk kultur slik den kommer til uttrykk gjennom kanadiske tidsskrifter.

Ankeorganet har ingen særskilte kommentarer angående adgangen til å treffe tiltak til beskyttelse av egen kulturell identitet. Dette må tolkes slik at ankeorganet slutter seg til panelets uttalelser på dette punktet. Ankeorganet synes å legge stor vekt på formålet bak GATT art. III, som er å sikre like konkurransemessige forhold mellom importerte og tilsvarende innenlandske varer.<sup>287</sup> WTOs tvisteløsningsorganer er kjent for å holde seg strengt til ordlyden ved tolkning av WTO-regelverket. Det er tydelig at en slik tolkning har mye å si også for resultatet i *Canadian Periodicals*, og at dette langt på vei kan forklare at kulturpolitiske hensyn ”ikke var et tema i saken”. Det som var tema i saken var å sikre overholdelse av reglene i GATT, og det er viktig å huske på at særlig art. III om nasjonal behandling er en av avtalens mest sentrale regler, og at det tydeligvis skal svært mye til før nasjonale, politiske hensyn i én stat kan innskrenke en annen stats rett til nasjonal behandling for sine varer.

Som nevnt ble kultur unntatt fra FTA-avtalen mellom USA og Canada, et unntak som ble videreført til NAFTA-avtalen. I *Canadian Periodicals* gjorde USA et smart trekk ved å bringe de kanadiske tiltakene mot ”split-run”-tidsskrifter inn for WTOs tvisteløsningsordning.<sup>288</sup> Valget av WTO utelukker nemlig bruk av NAFTA, og på denne måten kunne USA komme utenom kulturunntaket i avtalen.<sup>289</sup> På den annen side kan det tenkes at USA, dersom de hadde brakt tvisten inn for NAFTA, også der hadde fått medhold. Kulturunntaket i NAFTA går nettopp ut på at det ikke er lov å iverksette tiltak til beskyttelse av kultur i strid med avtalen for øvrig, som jo var tilfellet for Canadas del. Dette ville i så fall gitt USA rett til mottiltak overfor Canada. I det minste

---

<sup>286</sup> Ibid.

<sup>287</sup> Jf. ankeorganets rapport, side 19.

<sup>288</sup> Jf. Carmody, s. 287.

<sup>289</sup> NAFTA art. 2005(1) foreskriver at i tvister om spørsmål som omfattes av både NAFTA og GATT, står den klagende part fritt til å bestemme hvilket forum han vil bringe tvisten inn for. Det følger av art.



kunne resultatet blitt en avgjørelse som gikk ut på at Canada, paradoksalt nok, hadde brutt NAFTA-avtalens ”kulturunntak”.

Jeg har nå kartlagt adgangen til å opprettholde og iverksette handelsbegrensende tiltak begrunnet i kulturpolitiske hensyn etter GATT-avtalen. Jeg skal nå konsentrere meg om tilsvarende adgang etter andre relevante deler av WTO-regelverket.

### 3.6 GATS og striden om audiovisuelle tjenester

GATS-avtalen omfatter ”enhver tjeneste i en hvilken som helst sektor”, jf. GATS art. I:3, b), og har ingen spesifikke bestemmelser som regulerer kulturtjenester. Handel med kulturtjenester er derfor i utgangspunktet underlagt de samme generelle og spesifikke forpliktelser som annen tjenestehandel. Disse omfatter blant annet regelen om nasjonal behandling (art. XVII), som kun gjelder for de tjenestesektorer et medlem har valgt å forplikte seg på, og regelen om bestevilkårsbehandling (art. II), som gjelder alle sektorer uansett graden av forpliktelser.

GATS åpner imidlertid for reservasjoner og unntak. For det første kan et medlem bestemme fritt om det ønsker å inkludere en bestemt tjenestesektor. Dette gjøres via bindingslister. Har et land valgt å binde en bestemt tjenestekategori, gjelder avtalens generelle forpliktelser i del II (blant annet regelen om bestevilkårsbehandling) i tillegg til de spesifikke i del III (blant annet regelen om nasjonal behandling). For det andre kan medlemmer innvilges unntak fra plikten til bestevilkårsbehandling i opp til ti år.<sup>290</sup> Denne retten gjelder imidlertid bare unntak som ble innvilget da avtalen trådte i kraft 1. januar 1995.<sup>291</sup> Unntak fra plikten *etter* denne datoen kan bare gis ”i eksepsjonelle tilfeller”.<sup>292</sup> Selv i tilfeller hvor en stat har forpliktet seg på en bestemt tjenestesektor, kan denne forpliktelsen i så stor grad uthules av begrensninger at den i realiteten vil være lite verdt for utenlandske tjenesteytere.<sup>293</sup> Rettighetene til utenlandske tjenesteytere er uttømmende regulert av de vilkår og begrensninger som følger av bindingslistene, som staten står fritt til å sette opp. Det eneste kravet som stilles til å

---

2005(6) at i det øyeblikk tvisteløsningsprosedyre har blitt igangsatt i ett forum utelukkes bruk av det annet.

<sup>290</sup> Jf. nr. 6 i vedlegg til GATS-avtalen om unntak fra art. II.

<sup>291</sup> Jf. nr. 1 i vedlegg til GATS-avtalen om unntak fra art. II.

<sup>292</sup> Jf. GATS art. IX, nr. 3, jf. nr. 2 i vedlegg til GATS-avtalen om unntak fra art. II.

forskjellbehandle utenlandske tjenester og tjenesteytere er at begrensningene er vedtatt og spesifisert.<sup>294</sup> Selv om løsningene som avtalen åpner for ikke alltid er like effektive,<sup>295</sup> er det uansett klart at selv der staten forplikter seg for en bestemt tjenestesektor, står den svært fritt til å begrense utenlandske tjenesters og tjenesteyteres innflytelse på eget marked.

I løpet av de siste årene av Uruguay-runden oppstod det strid mellom USA på den ene siden og Canada og EU på den andre. Striden gjaldt handel med audiovisuelle tjenester, og oppstod på bakgrunn av EUs initiativ om å lovfeste kvoter for europeiske TV-stasjoner, som innebar krav om en fast andel europeiske produksjoner.<sup>296</sup> Under forhandlingene var det enighet om å behandle spørsmålet om handel med audiovisuelle tjenester utelukkende innenfor rammene av GATS-avtalen. Dette synet har i ettertid blitt konsekvent fulgt opp av WTOs medlemmer.<sup>297</sup> Mens USA gikk inn for full liberalisering også på dette området, kjempet EU og Canada for at slike tjenester enten skulle unntas helt, eller reguleres i et sært tillegg til GATS. Striden endte i en fastlåst situasjon, etter at USAs forhandlingsrepresentant trakk hele spørsmålet fra forhandlingene etter å ha rådført seg med daværende president Bill Clinton.<sup>298</sup> Resultatet var at audiovisuelle tjenester verken ble unntatt GATS eller underlagt særbestemmelser.<sup>299</sup> EU unnlot imidlertid å inkludere audiovisuelle tjenester i sine bindingslister, og fikk i tillegg innvilget unntak fra regelen om bestevilkårsbehandling. Resultatet for EU ble dermed i praksis et ”kulturunntak” for audiovisuelle tjenester. De europeiske reglene om fjernsynskvoter kom derfor ikke til å stride mot EUs WTO-forpliktelser, og slik er situasjonen fremdeles.<sup>300</sup>

Det sentrale problemet under Uruguay-runden i forbindelse med audiovisuelle tjenester var den manglende enigheten om en definisjon av og en plass for kultur i WTO-

---

<sup>293</sup> Jf. Mørkedal, s. 28.

<sup>294</sup> Jf. GATS art. XVI:1 og XVII:1, jf. art. XX.

<sup>295</sup> Jf. Mørkedal, s. 28.

<sup>296</sup> I praksis gjaldt dette først og fremst produksjoner fra USA, og bakgrunnen for initiativet var da også å demme opp for amerikansk dominans på området.

<sup>297</sup> Jf. de Witte, *Trade in Culture*, s. 245-246.

<sup>298</sup> Jf. Mørkedal, s. 8.

<sup>299</sup> Jf. de Witte, *Trade in Culture*, s. 243-244. Tawfik tolker derimot resultatet av Uruguay-runden dit hen at audiovisuelle tjenester heller ikke er endelig *inkludert* i GATS-avtalen (s. 286). Rettsteoretikeres og andre kommentators ulike syn på audiovisuelle tjenesters rettslige stilling illustrerer godt den noe uklare og forvirrende situasjonen på dette området.

<sup>300</sup> Jf. de Witte, *Trade in Culture*, s. 244.

regelverket. Uten en definisjon kunne ingen grense trekkes opp til beskyttelse av nasjonal kultur, ei heller kunne noe panel behandle det på en meningsfull måte.<sup>301</sup>

Adgangen til unntak fra regelen om bestevilkårbehandling er som nevnt tidsbegrenset. Dersom unntaket er gitt for et tidsrom lengre enn fem år, skal Rådet for handel med tjenester gjennomgå unntaket og undersøke om forholdene som skapte behovet for unntaket fortsatt foreligger.<sup>302</sup> Selv om avtalen ikke stiller andre krav til unntakene enn lengden på dem, samt prosedyrer for gjennomgang, betyr ikke dette nødvendigvis at et medlem kan få innvilget alle de unntak det vil, så lenge det ikke overskrider et tidsrom på ti år.<sup>303</sup>

Avtalen gir dessuten anvisning på jevnlig forhandlingsrunder ”med sikte på å oppnå et gradvis høyere liberaliseringsnivå”.<sup>304</sup> Målsettingen med slike forhandlinger er ”å skaffe en effektiv markedsadgang (...) for handel med tjenester”<sup>305</sup> og å ”øke det generelle nivå for spesifikke forpliktelser som medlemmer påtar seg i henhold til denne avtale”.<sup>306</sup> Heller ikke adgangen til reservasjoner er dermed ment å vare evig. Imidlertid skal liberaliseringsprosessen blant annet skje ”med tilbørlig respekt for nasjonale politiske målsettinger”.<sup>307</sup> En naturlig tolkning er at dette omfatter nasjonale politiske målsettinger som er spesielt sårbare overfor økt liberalisering, eller som på en eller annen måte kan tenkes å bli negativt berørt. Kulturpolitiske målsettinger kan både ha økonomiske og rene kulturelle sider. Det er naturlig at de rene kulturelle sidene lettest vil kunne bli skadelidende ved økt liberalisering, ettersom de representerer noe unikt ved et lands kultur, og at nasjonale kulturpolitiske målsettinger dermed vil omfattes av de målsettingene det skal tas tilbørlig respekt til i liberaliseringsprosessen.

For EU og det europeiske audiovisuelle markedet ser vi i tillegg et press, først og fremst fra USA, men også i økende grad fra land i Asia, Afrika og Latin-Amerika, for å oppnå

---

<sup>301</sup> Jf. Carmody, s. 241.

<sup>302</sup> Jf. nr. 3 og nr. 4 a) i vedlegg til GATS-avtalen om unntak fra art. II.

<sup>303</sup> Jf. Mørkedal, s. 33, som mener formålet bak GATS art. II og regelen om en tidsbegrensning på ti år, taler for at unntaket er ment for at partene skal kunne favorisere visse medlemsland i en overgangsperiode i tråd med tidligere praksis, og ikke for å ødelegge for andre medlemmer som ikke drar fordel av forskjellsbehandlingen, gjennom direkte diskriminerende tiltak.

<sup>304</sup> Jf. GATS art. XIX, 1.

<sup>305</sup> Jf. GATS art. XIX, 1.

<sup>306</sup> Jf. GATS art. XXI, 4.

<sup>307</sup> Jf. GATS art. XXI, 2.

økt tilgang til dette markedet og dets støtteordninger. Selv om EUs kvoteordning for fjernsyn primært er rettet mot amerikansk eksport av audiovisuelt materiale, påvirker den for eksempel også eksporten av såkalte *telenovelas* ("såpeoperaer") fra Latin-Amerika til Spania og Portugal.<sup>308</sup>

Adgangen til å *opprettholde* handelsbegrensede tiltak begrunnet i kulturpolitiske hensyn i GATS, i betydningen opprettholde tiltak som allerede eksisterte på tidspunktet for avtalens ikrafttreden, er som vi har sett stor, på grunn av medlemmenes vide adgang til unntak og reservasjoner. Å *iverksette* tiltak er derimot vanskeligere dersom staten allerede har bundet seg overfor forpliktelser etter avtalen. Da vil den i utgangspunktet gjelde fullt ut. Likevel så vi at staten også her i stor grad kan velge hvor forpliktende samarbeid den vil gi seg ut på, via bindingslistene.

### 3.7 Kultur og immaterielle rettigheter

TRIPS-avtalen regulerer handelsrelaterte sider ved immaterielle rettigheter. Avtalen bygger på Pariskonvensjonen om vern av industriell eiendomsrett, og bestemmer at medlemmene skal oppfylle visse bestemmelser i denne.<sup>309</sup> Prinsippet om nasjonal behandling er for eksempel også en grunnleggende regel i Pariskonvensjonen.<sup>310</sup> De materielle reglene i TRIPS-avtalen oppstiller en rekke krav om minimumsbeskyttelse.<sup>311</sup> Stort sett stadfester avtalen det beskyttelsesnivå for immaterialrettigheter som allerede var utbredt i de vestlige industriland på tidspunktet da avtalen trådte i kraft.<sup>312</sup> TRIPS hadde til formål å styrke håndhevsingsmulighetene for allerede eksisterende internasjonale konvensjoner om opphavsrett.<sup>313</sup> Det er nå mulig å bringe tvister om opphavsretter og andre immaterielle rettigheter inn for WTOs tvisteløsningsorganer, noe som innebærer en mer effektiv ordning enn tidligere, da WIPO<sup>314</sup> administrerte de viktigste internasjonale konvensjonene på immaterialrettens område. Mangelen på

---

<sup>308</sup> Jf. de Witte, *Trade in Culture*, s. 243.

<sup>309</sup> Jf. TRIPS art. 2.

<sup>310</sup> Jf. Stenvik, *Patentrett*, s. 31.

<sup>311</sup> Ibid.

<sup>312</sup> Ibid.

<sup>313</sup> Jf. de Witte, *Trade in Culture*, s. 247.

<sup>314</sup> *World Intellectual Property Organization*.

sanksjonsmuligheter og mekanismer for håndheving bidro til at virksomheten i WIPO var preget av ineffektivitet.<sup>315</sup>

DSB la nylig til grunn en panelrapport hvor det ble slått fast at en bestemmelse i USAs opphavsrettslovgivning var i strid med USAs forpliktelser under Bernkonvensjonen om opphavsrett,<sup>316</sup> og således også i strid med USAs forpliktelser under TRIPS-avtalen.<sup>317</sup> TRIPS art. 9 slår nemlig fast at medlemmene blant annet skal overholde art. 1 til og med art. 21 i Bernkonvensjonen. TRIPS art. 1(3) definerer dessuten ”de øvrige medlemmers borgere” i TRIPS-avtalens forstand som ”de fysiske og juridiske personer som ville oppfylt kriteriene for beskyttelser etter (...) Bernkonvensjonen (1971).” I og med at TRIPS-avtalen styrker allerede eksisterende konvensjoner om opphavsrett og beslektede rettigheter, kan det konkluderes med at kulturgoder i form av immaterielle rettigheter nyter et relativt sterkt vern gjennom avtalen, i hvert fall for de fleste industrialiserte lands vedkommende. For en del utviklingsland kan situasjonen være annerledes på grunn av mangel på håndhevbare regelverk til beskyttelse av slike rettigheter.<sup>318</sup>

I henhold til TRIPS-avtalens fortale, tar avtalens medlemmer i betraktning nødvendigheten av å sikre en effektiv og tilstrekkelig beskyttelse av immaterielle rettigheter. I tillegg styrkes som nevnt håndhevingsmulighetene for eksisterende regelverk om opphavsrett. TRIPS kan dermed langt på vei sies å ha beskyttelse av kulturuttrykk som et av hovedformålene. Dette blir således et argument for at kulturhensyn ønskes ivaretatt i WTO. I likhet med de to kulturbestemmelsene i GATT gir TRIPS-avtalen som sådan uttrykk for generelle hensyn knyttet til kultur i WTO. Dette poenget blir nærmere berørt i avsnitt 3.9 nedenfor.

### 3.8 Kultur og subsidier

Jeg vil i dette avsnittet kort ta for meg på hvilken måte subsidiereguleringen i WTO er relevant for kulturområdet. Regelverket, og selve definisjonen av en ”subsidie”, er omfattende og til dels komplisert, og jeg kommer derfor ikke til å behandle dette

---

<sup>315</sup> Jf. St.prp. nr. 65 (1993-94), s. 119.

<sup>316</sup> Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk, revidert 24. juli 1971.

<sup>317</sup> *United States – Section 110(5) of the Copyright Act*, WT/DS160/R, panelrapport av 15. juni 2000.

utførlig. Det som er viktigst å påpeke i denne sammenhengen er at subsidieregelverket er *relevant* for kulturområdet, og at det per i dag ikke er noen pågående konflikter omkring medlemsstatens regler for kultursubsidier.

Subsidier utgjør en sentral del av nasjonal kulturpolitikk, i hvert fall i de fleste europeiske stater. En rekke kulturelle aktiviteter, som filmproduksjon, offentlig kringkasting, biblioteker og forlag, er helt avhengige av subsidier for å klare seg på markedet. Det sentrale spørsmålet i forhold til subsidier under WTO-regelverket, er hvor stor adgang WTO-medlemmer har til å subsidiere nasjonal kultur, før dette anses som ulovlig subsidiering. Subsidieregelverket i WTO er basert på et skille mellom subsidier for varer og subsidier for tjenester. Regelverket som omhandler varesubsidier består av generelle regler i GATT art. XVI og spesielle regler i Subsidieavtalen.<sup>319</sup> For subsidier til tjenester finnes bare bestemmelsen i GATS art. XV. Reglene i Subsidieavtalen er mer konkrete og spesifikke enn reglene om subsidier i GATT og GATS, som er relativt vage og åpent formulerte. GATT art. XVI pålegger et medlem å gi *skriftlig* melding til de andre medlemmene dersom det gir eller opprettholder subsidier som truer med å vri handelen med varer. I så tilfelle skal mulighetene for begrensning av subsidieringen drøftes. GATS art. XV slår fast at et medlem som mener seg ugunstig berørt av et annet medlems subsidier kan be om konsultasjoner med dette.

For å ta et eksempel med europeiske støtteordninger til film- og fjernsynsproduksjon, er det tvilsomt at disse støtteordningene vil true med å vri handelen med film. I betraktning av den amerikanske dominansen på filmmarkedet i dag er det lite sannsynlig at USA vil kunne påvise slik vridning. Hittil har forholdet mellom europeiske kulturstøtteordninger og WTO-regelverket om subsidier ikke blitt satt på spissen. Men det verdt å merke seg at subsidiereglene vil være gjenstand for fremtidige forhandlinger i årene som kommer.

### 3.9 Kultur som lovlig allment hensyn i WTO-retten?

I dette avsnittet vil jeg drøfte om det er grunnlag for å hevde at kultur er et lovlig allment hensyn i WTO-retten, slik det er i EF-retten (jf. avsnitt 2.4 ovenfor). Kriteriene fra EF-domstolens praksis om kultur som lovlig allment hensyn kan imidlertid ikke

---

<sup>318</sup> Jf. de Witte, *Trade in Culture*, s. 248.

legges direkte til grunn i en WTO-rettslig sammenheng. Spørsmålet om også ikke-diskriminerende handelshindringer rammes av WTO-regelverket, som er avgjørende for spørsmålet om kulturpolitiske og andre allmenne hensyn kan rettferdiggjøre dem, er per i dag ikke endelig etablert WTO-rett, selv om det hevdes at WTO nå har fått sin *Cassis*-doktrine (jf. avsnitt 2.3.1 ovenfor), gjennom den såkalte *Hormones*-saken.<sup>320</sup> Jeg kommer likevel ikke til å drøfte nærmere om også ikke-diskriminerende handelshindringer rammes av WTO-regelverket, men heller peke på enkeltmomenter i og utenfor WTO-regelverket som kan tale for at kulturpolitiske hensyn bør tas hensyn til og kan påberopes av WTO-medlemmer overfor nasjonale ordninger som rammes av WTO-regelverket.

Bakgrunnen for at EF-domstolen i det hele tatt har godtatt at nasjonale kulturpolitiske hensyn kan rettferdiggjøre en handelshindring, kan blant annet være ut fra en anerkjennelse av at slike hensyn spiller en avgjørende rolle for utformingen av den nasjonale regelen som er under granskning, og som hensynet påberopes overfor. Desto tettere økonomisk integrasjon, desto større behov er det også for å åpne for nasjonale kulturpolitiske prioriteringer. Selv om WTO per i dag ikke har kommet så langt i integrasjonsprosessen som EU, har WTO-samarbeidet likevel en ikke-ubetydelig innvirkning på medlemsstatenes kulturpolitikk.

Momenter som taler *for* at WTO-retten bygger på kultur som et lovlig allment hensyn er for det første WTO-avtalens formål. WTO-samarbeidet har lagt seg på et høyt ambisjonsnivå, der målsettinger som heving av levestandarden, full sysselsetting, optimal utnyttelse av verdens ressurser og ikke minst om bærekraftig utvikling står sentralt.<sup>321</sup> I fortalen til GATS slås det fast at liberaliseringen av tjenestehandelen skal skje ”samtidig som nasjonale politiske målsettinger blir behørig respektert”. Også TRIPS erkjenner ”ulikheter mellom de nasjonale rettssystemer” og at ”generelle offentlige målsettinger ligger til grunn for nasjonale ordninger”.<sup>322</sup> Vil disse

---

<sup>319</sup> Avtale om subsidier og utjevningsavgifter (“Agreement on Subsidies and Countervailing Measures”).

<sup>320</sup> EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), Report of the AB, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 16. januar 1998. For en nærmere redegjørelse for sakens betydning for skillet mellom diskriminerende og ikke-diskriminerende handelshindringer i WTO, se Weiler, *Towards a Common Law*, s. 204 flg.

<sup>321</sup> Jf. første ledd i fortalen til WTO-avtalen og første ledd i fortalen til GATT 1947.

<sup>322</sup> Jf. henholdsvis tredje ledd i fortalen til GATS og annet ledd, bokstav c) og femte ledd i fortalen til TRIPS.

målsettingene kunne nås utelukkende ved økonomiske hjelpemidler og effektivitetsbetraktninger? Mange vil hevde at et rikt og mangfoldig kulturliv spiller en sentral rolle både for levestandard, sysselsetting og industriell vekst. Dessuten har vi sett at WTO-samarbeidet også har innvirkning på de delene av medlemsstatenes politikk som ikke er av ren økonomisk natur. *Canadian Periodicals*-saken er ett eksempel på dette. WTO-avtalen bør derfor sees i et videre sosialt perspektiv enn bare det rent økonomiske.<sup>323</sup> Regelverket bør derfor gi medlemmene en videre adgang til å ta nasjonale kulturpolitiske hensyn enn tilfellet er i dag.

Videre taler analysen av begrepet ”tilsvarende varer” i GATT art. III:2 første punktum for at kulturhensyn er ment å tilgodeses gjennom de momentene skap skal avveies ved en analyse av begrepet. Kulturgoder fra et land kan representere noe unikt ved landets kultur som ofte ikke kan være ”tilsvarende” et gode fra et annet land, til tross for ytre, fysiske likhetstrekk. Begrepet ”tilsvarende varer” er ment å skulle fange opp denne spesielle nyansen, slik at staten står noe friere der en innenlandsk og en utenlandsk vare ikke er ”tilsvarende” av kulturelle årsaker. Dette støttes av den momentlisten GATT-arbeidsgruppen i sin tid mente burde tas i betraktning. I tillegg til objektive, målbare momenter, skulle også subjektive momenter ved en vare tas i betraktning. Riktignok har ”tilsvarende varer” hittil blitt tolket strengt av WTOs tvisteløsningsorganer, men begrepet er like fullt sensitivt overfor en vares kulturelle aspekter.

For det tredje gir GATT art. IV og art. XX (f) til sammen uttrykk for at generelle kulturpolitiske hensyn tilgodeses i GATT. Bestemmelsene kan med andre ord sies å gjelde *analogisk* for kultur generelt. Dette støttes for det første av bestemmelsenes omfang sett under ett, som jeg var inne på i avsnitt 3.3 ovenfor. For det andre må det tillegges vekt at to kulturbestemmelser i det hele tatt ble inkludert i GATT. For det tredje taler den sentrale plasseringen av art. IV i GATT-avtalen, ved siden av grunnleggende bestemmelser som art. III om nasjonal behandling, for at kultur var ment å ha en viss betydning i regelverket.<sup>324</sup>

---

<sup>323</sup> Jf. Carmody, s. 240.

<sup>324</sup> Jf. Carmody, s. 255.



En annen faktor som støtter opp om at kulturhensyn er anerkjent i WTO er, art. 31(6) i Havana-charteret.<sup>325</sup> Charteret var resultatet av en konferanse om handel og sysselsetting avholdt i Havana rundt årsskiftet 1947-48, og var ment å skulle danne grunnlaget for den internasjonale økonomiske politikken i etterkrigstiden.<sup>326</sup> Etter noen år ble det klart at Kongressen i USA ikke ville ratifisere det omfattende charteret. GATT, inngått som en midlertidig toll- og handelsavtale forut for Havana-konferansen av en del av de deltagende statene, fremsto dermed som det sentrale rammeverket for liberalisering av internasjonal handel.<sup>327</sup> Havana-charteret trådte aldri i kraft, men gjennom en supplerende anmerkning til GATT art. II:4 slås det fast at denne bestemmelsen skal tolkes i lys av art. 31 i Havana-charteret, dersom ikke annet er uttrykkelig bestemt. GATT art. II:4 bestemmer at hvis et land oppretter eller opprettholder et innførselsmonopol, skal dette monopolet ”ikke utøves på en slik måte at det gis beskyttelse som i gjennomsnitt ligger høyere enn den beskyttelse som er fastsatt” i vedkommende lands konsesjonsliste. Denne plikten modereres av art. 31(6) i Havana-charteret, som foreskriver at ”ved gjennomføringen av bestemmelsene i [GATT art. II:4] skal det tas behørig hensyn til den omstendighet at enkelte monopoler opprettes og drives vesentlig av sosiale, *kulturelle*, humanitære eller fiskale grunner” (min uthevning). Selv om art. 31(6) gjelder én enkelt GATT-bestemmelse, er den ikke desto mindre et uttrykk for at kulturhensyn står sentralt i GATT/WTO også på et mer generelt grunnlag, særlig sett i sammenheng med de andre faktorene som nevnes i dette avsnittet. Hvis det hadde vært meningen at slike kulturhensyn skulle holdes utenfor en avtale som GATT, hadde muligens ikke de som fremforhandlet avtalen tatt seg bryet verdt med å inkorporere art. 31(6) i GATT. Det må derfor antas at slike hensyn til en viss grad er ment å skulle ”myke opp” de strenge pliktene i GATT art. I og III.<sup>328</sup> Det følger dessuten av folkerettslig metode at andre relevante bestemmelser kan og bør trekkes inn ved tolkningen av en traktatbestemmelse.<sup>329</sup>

Videre taler formålet med og selve eksistensen av TRIPS-avtalen til fordel for nasjonale kulturhensyns anerkjennelse i WTO. I fortalen til TRIPS erkjennes det for det første at ”det er nødvendig å fremme en effektiv og tilstrekkelig beskyttelse av immaterielle

---

<sup>325</sup> *Havana Charter for an International Trade Organization*, jf. St. prp. nr. 85 (1949).

<sup>326</sup> Jf. Ruud m.fl., s. 137.

<sup>327</sup> Ibid.

<sup>328</sup> Jf. Carmody, s. 256-257.

<sup>329</sup> Jf. Fleischer, s. 47.

rettigheter”. Immaterielle rettigheter gjenspeiler ofte, mer eller mindre direkte, nasjonale kulturhensyn. Eksempler kan være opphavsretter til nasjonale litterære og filmatiske verk, mønsterrett til et plagg av særskilt nasjonal karakter eller patentrett på en oppfinnelse av tilsvarende nasjonal karakter. Beskyttelse av slike rettigheter vil innebære en beskyttelse av nasjonal kultur, og det er denne beskyttelsen TRIPS tar mål av seg til å gjennomføre. For det andre gir fortalen anvisning på at det ved utarbeidelsen av håndhevingsmidler for immaterielle rettigheter skal ”tas hensyn til ulikhetene mellom de nasjonale rettssystemer”.<sup>330</sup> Avtalen tar med andre ord hensyn til nasjonale særegenheter, som blant annet kan være kulturelt betinget. For det tredje erkjennes det at ”generelle offentlige målsettinger ligger til grunn for nasjonale ordninger for beskyttelse av nasjonal eiendom (...)”.<sup>331</sup> Det er naturlig at kulturelle hensyn i særlig grad vil ligge bak slike offentlige målsettinger, selvsagt i tillegg til for eksempel økonomiske.

Selv om paneler under GATT-avtalen generelt var lite villige til å vurdere regelverk utenom GATT ved tolkningen av GATT-regler, var denne muligheten likevel ikke utelukket. I panelavgjørelsen i *Tuna II*-saken,<sup>332</sup> ble det akseptert at GATT-medlemmer også var underlagt andre internasjonale regelverk, regelverk som kunne utgjøre grunnlag for unntak etter GATT art. XX. Panelet fant imidlertid at slike avtaler ikke vedkom denne konkrete saken. I *Shrimp-Turtles*-saken,<sup>333</sup> som gjaldt miljøspørsmål, trakk ankeorganet inn avtaler og ”kontekst” utenfor WTO-regelverket, nærmere bestemt andre miljørelaterte avtaler, som støtte for tolkningen av GATT 1994 art. XX (g), i premiss 173. Selv om saken ikke involverer direkte bruk av ”traktatnormer” utenfor WTO-regelverket for å løse en WTO-tvist, antyder ankeorganets konsultering av kilder utenfor WTO i det minste en vilje til å endre på synet av GATT/WTO som et selvstendig og komplett rettssystem.<sup>334</sup> Dette bør da også kunne gjelde i forhold til kulturunntaket i art. XX (f), der et relevant internasjonalt regelverk i så måte kan være EU og den rettslige situasjonen på kulturområdet der. At internasjonale rettssystemer i økende grad henter inspirasjon hos hverandre, skal behandles nærmere i kapittel 5. Det

---

<sup>330</sup> Jf. annet ledd bokstav c) i fortalen til TRIPS.

<sup>331</sup> Jf. femte ledd i fortalen til TRIPS.

<sup>332</sup> *United States – Restrictions on Imports of Tuna (Tuna II)*, panelrapport 33 I.L.M. (1994), 842.

<sup>333</sup> *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/R (panelrapport av 15. mai 1998); WT/DS58/AB/R (ankeorganets rapport av 12. oktober 1998).

<sup>334</sup> Jf. Abbott s. 190.

kan også tenkes at tvisteløsningsorganene i tillegg vil se hen til andre regionale handelsavtaler, som blant annet NAFTA, ved tolkningen av WTO-regelverket, der dette har betydning for rettsstillingen til medlemmer av de respektive regionale avtalene.<sup>335</sup> NAFTA-avtalens kulturunntak kan derfor tenkes å få betydning ved tolkningen av GATT art. XX (f), selv om denne riktignok gjelder en avgrenset gruppe konkrete kulturgjenstander, i en tvist mellom NAFTA-parter om nettopp dette. En slik regional ”særordning” kan derfor gjøre at unntakene i art. XX tolkes mindre strengt, i lys av den regionale avtalen, enn tilfellet hadde vært for andre WTO-medlemmer som ikke er medlemmer av denne regionale avtalen. Ulempen ved dette er selvsagt at det etableres ulik praksis for ulike grupperinger av WTO-medlemmer, avhengig av hvilken regional avtale de i tillegg er tilsluttet, eller ikke tilsluttet.

WTO-avtalen er en folkerettslig avtale. Et kjennetegn ved folkeretten er dens treghet.<sup>336</sup> Dette innebærer at folkeretten, i mangel av et sentralt lovgivningsorgan, har vanskeligere for å utvikle seg fortløpende i samsvar med den politiske og samfunnsmessige utviklingen enn for eksempel nasjonale rettssystemer.<sup>337</sup> Folkerettens treghet taler dermed for at WTO-regelverket må tolkes og anvendes i samsvar med den alminnelige samfunnsutviklingen i så stor grad som mulig. Denne utviklingen vil i dette tilfellet være rettsutviklingen på kulturområdet i EU, den generelle fokus på kultur og kulturvern i andre internasjonale organisasjoner, som for eksempel FN, og ikke minst den virkning internasjonal frihandel har fått for nasjonale kulturer, en virkning det var vanskelig å forutse ved opprettelsen av GATT i 1947, som hovedsakelig har stått uendret siden opprettelsen. Dette støttes også av art. 13(1) bokstav a i FN-pakten.<sup>338</sup> Her fastsettes det som en av organisasjonens oppgaver å fremme ”the progressive development of international law and its codification”. Paktens forfattere har innsett at det må sørges for en gradvis utvikling dersom rettsreglene skal kunne fylle sine oppgaver.<sup>339</sup> Jeg legger til grunn at dette må være relevant også for WTO-regelverket.

Momenter som taler *mot* at WTO-retten bygger på en lære om kultur som lovlig allment hensyn er for det første at det verken i WTOs avtaleverk eller praksis finnes noe som

---

<sup>335</sup> Ibid.

<sup>336</sup> Jf. Fleischer, s. 25 og 26.

<sup>337</sup> Op. cit s. 26.

<sup>338</sup> *Charter of the United Nations* (”FN-pakten”) av 26. juni 1945.

<sup>339</sup> Jf. Fleischer, s. 26.

kan tolkes som en anerkjennelse av en ”lære om allmenne hensyn”, i EF-rettslig forstand, og i hvert fall ikke at kultur skal være et slikt allment hensyn. EU og WTO har store ulikheter med hensyn til formål og konstitusjonell struktur, og spiller per i dag ulike roller i den internasjonale rettsorden. En eventuell utvikling mot større grad av felles handelsrettslige regler internasjonalt, omfatter først og fremst prosessuelle og materielle regler, og kan ikke uten videre tas til inntekt for at WTO-regelverket gir kulturhensyn samme rettslig stilling som i EF-retten.

Det er videre usikkert hvor stor reell betydning Havana-charteret art. 31(6) har. Ettersom bestemmelsen ”bare” gir anvisning på at det skal tas ”tilbørlig hensyn”, er det høyst usikkert hvor stor vekt et WTO-panel vil tillegge kulturhensyn i fremtidige saker. Det er mer nærliggende å tenke seg at panelet vil ta tilbørlig hensyn til kultur så lenge dette ikke kommer i konflikt med andre sentrale deler av regelverket, snarere enn å la kulturhensyn under bestemte omstendigheter rettferdiggjøre en ulovlig handelshindring. Kulturbestemmelsene i GATT kan muligens gi uttrykk for generelle kulturpolitiske hensyn, men disse er neppe nok til å etablere en lære om kultur som lovlig allment hensyn. Det er også vanskelig å vurdere hvilken reell betydning kulturbestemmelsene i GATT har hatt for kulturell beskyttelse siden opprettelsen i 1947.<sup>340</sup> Videre taler resultatet i *Canadian Periodicals* for at kultur ikke er et lovlig allment hensyn i WTO-retten. Dersom tvisteløsningsorganene mente at kultur allerede var eller burde bli et lovlig allment hensyn i WTO-retten, hadde dette vært anledningen til å si det. Sist men ikke minst er det viktig å skille mellom en generell anerkjennelse av kulturhensyn og kulturelt mangfold i WTO-regelverket, og det faktum at kulturhensyn skal kunne begrunne en ulovlig handelshindring. De fleste av momentet over støtter i større grad opp om førstnevnte anerkjennelse. Men en generell anerkjennelse av viktigheten av kultur innebærer ikke automatisk at kulturhensyn kan begrunne en ulovlig handelshindring. Til tross for at en rekke vektige momenter støtter opp under det synspunkt at WTO-retten anerkjenner kultur som et ”lovlig allment hensyn”, må konklusjonen likevel bli at en slik adgang ikke kan sies å foreligge per i dag.

---

<sup>340</sup> Carmody mener en slik vurdering vanskeliggjøres av det faktum at indirekte beskyttelse av kulturelle varer også finner sted gjennom ”kulturnøytrale” bestemmelser og kategoriseringer andre steder i WTO-regelverket (s. 257).

### 3.10 Oppsummering

Vi har i dette kapitlet sett at den konkrete adgangen til å rettferdiggjøre nasjonale ordninger i kulturpolitiske hensyn er relativt snever i WTO-regelverket. Det er heller ikke grunnlag for å hevde at kultur er et lovlig allment hensyn, slik som i EF-retten, selv om en rekke momenter taler for at kulturhensyn gjør seg til dels sterkt gjeldende, i selve regelverket og ”rundt” det. Vi har videre fått bekreftet at WTOs tvisteløsningsorganer har en strengt tekstuell og lite dynamisk tolkningsmetode, preget av å legge den mest ”frihandelsvennlige” løsningen til grunn. Tvisten i *Canadian Periodicals* ble for eksempel løst utelukkende ut ifra et økonomisk perspektiv uten at de underliggende kulturpolitiske hensyn ble tatt opp eller drøftet. Dessuten har tvisteløsningsorganene, ved tolkningen av uttrykket ”tilsvarende produkter”, i dominerende grad tatt hensyn til *objektive* kriterier, som er uegnet til å gjenspeile de kulturpolitiske aspektene ved et produkt.

## 4 KULTUR I EØS – DYNAMIKK ELLER STILLSTAND?

### 4.1 Innledning

De sentrale spørsmålene i dette kapitlet er for det første om EF-domstolens anerkjennelse av kultur som lovlig allment hensyn i EF-retten kan legges til grunn ved tolkning og anvendelse av EØS-avtalen, og for det andre om og eventuelt i hvilken grad EØS-avtalen skal ta opp i seg endringer i EFs traktatverk på kulturområdet.<sup>341</sup> Disse spørsmålene drøftes blant annet på bakgrunn av EFTA-domstolens avgjørelse i *Einarsson*-saken.<sup>342</sup> For å tegne et mest mulig helhetlig bilde av den rettslige situasjonen på kulturområdet etter EØS-avtalen, vil jeg også kort analysere EFTAs overvåkingsorgans gjennomgang av de norske ordningene for statlig støtte til kinofilm.

### 4.2 Det rettslige utgangspunkt

EØS-samarbeidet omfatter blant annet reglene om fri bevegelse og konkurranse-reglene.<sup>343</sup> Bestemmelsene i EØS-avtalen om fri bevegelse og konkurranse er identiske med de tilsvarende reglene i EF-traktaten, slik denne lød inntil endringene som fulgte av EU-traktaten. Det rettslige utgangspunktet er dermed det samme i EØS-avtalen som i EF-retten, og jeg henviser derfor til kapittel 2 (jf. avsnitt 2.2) for en nærmere redegjørelse for dette utgangspunktet. Når det gjelder uttrykkelige kulturunntak fra reglene om fri bevegelse, har art. 13 i EØS-avtalen et tilsvarende unntak av hensyn til nasjonale skatter av kunstnerisk, historisk eller arkeologisk verdi, som EF art. 30 og GATT art. XX (f). Unntaket behandles i avsnitt 2.4.1 ovenfor, og jeg henviser til behandlingen der for EØS-avtalens vedkommende.

### 4.3 Hvordan endres og utvikles EØS-avtalen?

EØS-retten endrer seg grunnleggende på to måter. For det første vedtar EU direktiver med nye regler, som blir tatt inn i EØS-avtalen. For det andre endres EØS-retten ved at bestemmelser i EØS-avtalen og i EFs traktatverk gis nye tolkninger av henholdsvis EFTA-domstolen og EF-domstolen. Praksis fra EF-domstolen skal i utgangspunktet legges til grunn for tolkningen av EØS-avtalen, der denne praksisen gjelder

---

<sup>341</sup> Tilsvarende spørsmål er også aktuelle for andre områder enn kulturområdet.

<sup>342</sup> Sak E-1/01 *Einarsson mot Island*.

bestemmelser i EFs traktatverk som er identiske med tilsvarende bestemmelser i EØS-avtalen. Dette gjelder for eksempel reglene om fri bevegelighet.

EØS-avtalen skal for det første tolkes i samsvar med avgjørelser truffet av EF-domstolen *før* undertegningen av EØS-avtalen, forutsatt at det materielle innholdet er identisk.<sup>344</sup> Det tas samtidig forbehold om den fremtidige utviklingen av rettspraksis. EFTA-domstolen og EFTAs overvåkingsorgan, og i praksis dermed de nasjonale domstoler, pålegges i tillegg å ta ”tilbørlig hensyn” til praksis fra tiden *etter* undertegning av avtalen.<sup>345</sup> Lest i sammenheng med dette pålegget er det mest naturlig å tolke forbeholdet om den fremtidige utviklingen av rettspraksis, som at praksis fra EF-domstolen fra *før* undertegningen av EØS-avtalen i utgangspunktet skal legges til grunn, med mindre ny praksis går i en annen retning enn tidligere praksis på områder som EØS-avtalen omfatter.<sup>346</sup> EØS-avtalen gir ingen direkte forklaring på hvordan uttrykket ”tilbørlig hensyn” skal tolkes. Den mest naturlige tolkningen må være at det skal tas hensyn til praksis, både fra før og etter undertegningen av EØS-avtalen, i en slik grad at målsettingen om et ensartet og dynamisk EØS-område i størst mulig grad oppfylles. EFTA-domstolens avgjørelser så langt tyder på at domstolen i praksis behandler EF-domstolens rettspraksis fra tiden *etter* undertegningen av EØS-avtalen på lik linje med rettspraksis fra *før* undertegningen.<sup>347</sup> EFTA-domstolen har for eksempel lagt til grunn *Keck-doktrinen* (jf. avsnitt 2.3.1 ovenfor), og senere praksis fra EF-domstolen som har bygget på doktrinen.<sup>348</sup>

I avgjørelsen i Rt. 1997 s. 1954 synes også Høyesterett å legge til grunn at senere praksis fra EF-domstolen vil ha stor vekt. Saken gjaldt arbeidstakeres rett til å fortsette i sine stillinger etter reglene om virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljøloven kapittel XII A. Retten trakk inn EFs Rådsdirektiv 77/187/EØS om virksomhetsoverdragelser,<sup>349</sup> som Norge plikter å tilpasse seg som følge av EØS-avtalen, og som gir vern for

---

<sup>343</sup> Jf. EØS art. 1(2) jf. art. 1(1).

<sup>344</sup> Jf. EØS art. 6 og ODA art. 3(1).

<sup>345</sup> Jf. ODA art. 3(2).

<sup>346</sup> EØS-avtalen har for eksempel ikke tatt opp i seg de domstolskapte prinsippene om forrang og direkte effekt i EF-retten. Praksis fra EF-domstolen som gjelder disse prinsippene er et eksempel på praksis som ikke er ”relevant” for avtalen.

<sup>347</sup> Jf. Bull, s. 79.

<sup>348</sup> Jf. Bull, s. 79, som henviser til premissene 22-23 i forente saker E-8/94 og E-9/94 *Mattel/Lego*, og premiss 23 i sak E-5/96 *Nille*.

arbeidstakere ved overføring av virksomhet. Retten opplyser at EF-domstolen har gitt anvisning på hvordan direktivet skal fortolkes, og behandler hvilke deler av domstolens praksis som da er relevant: ”(...) Det følger av EØS-avtalens artikkel 6 at bestemmelsene i direktivet skal fortolkes i overensstemmelse med de rettsavgjørelser som EF-domstolen har truffet før avtalen ble undertegnet. *Men også senere avgjørelser vil være sentrale rettskilder for forståelsen av direktivet. I og med at arbeidsmiljøloven kap XII A er utformet med sikte på å implementere direktivet i norsk rett, vil disse rettsavgjørelser få direkte betydning for hva som er norsk rett på dette området (min utheving)*”.<sup>350</sup>

EØS-retten kan endres gjennom rettspraksis både ved at henholdsvis EF og EFTA-domstolen avgjør spørsmål som ikke tidligere har vært reist, men også, og kanskje viktigst, gjennom at eksisterende traktatbestemmelser gis nye tolkninger eller brukes på områder de ikke tidligere har vært brukt.<sup>351</sup> EF-domstolen har for eksempel slått fast at reglene om fri bevegelse og konkurransereglene også er anvendelige for kulturgoder, noe som ikke alltid har vært like opplagt.<sup>352</sup> Dessuten har domstolen anerkjent kultur som et lovlig allment hensyn, slik dette er beskrevet foran (jf. avsnitt 2.4). Utviklingen av EØS-avtalen på bakgrunn av endringer i EFs traktatverk på kulturområdet, kom på spissen i *Einarsson*-saken, hvor dom falt i EFTA-domstolen 22. februar 2002.

#### 4.4 *Einarsson*-saken

##### 4.4.1 Innledning og bakgrunn

Twisten i *Einarsson*-saken gjaldt islandske regler om merverdiavgift.<sup>353</sup> Reglene bestemmer at alle vare- og tjenestetransaksjoner i utgangspunktet er momspåliggende, og skal belastes med 24,5 % moms. Enkelte vare- og tjenestetransaksjoner skal likevel bare

---

<sup>349</sup> Rådsdirektiv 77/187/EØF av 14. februar 1977 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrift eller deler av bedrifter.

<sup>350</sup> Jf. s. 1960 i avgjørelsen.

<sup>351</sup> Ola Mestad (Aftenposten, 2002) nevner blant annet differensiert arbeidsgiveravgift, gassalg gjennom GFU og den såkalte hjemfallsretten, som eksempler på aktuelle norske konfliktsaker som har oppstått som følge av nytolkninger av generelle regler i EØS-avtalen.

<sup>352</sup> Se blant annet sak 7/68 (*Italian Art Treasures*), som slo fast at kunstgjenstander er ”varer” i traktatens forstand, og sak 155/73 *Sacchi*, hvor overføring av radio- og fjernsynsprogrammer ble ansett som ”tjenesteyting” i henhold til tjenestereglene.

<sup>353</sup> Lov nr. 50/1998 om merverdiavgift (Lög nr. 50/1998 um virðisaukaskatt).



belastes med 14 %, deriblant salg av bøker skrevet på eller oversatt til islandsk. Bøker skrevet på eller oversatt til andre språk enn islandsk er underlagt den høyere satsen på 24,5 %. En privatperson som ved en rekke anledninger hadde importert bøker skrevet på andre språk enn islandsk, gikk til sak mot den islandske stat med påstand om at momslovgivningen var i strid med Islands forpliktelser etter EØS-avtalen.

De spørsmålene som ble forelagt EFTA-domstolen, var for det første hvorvidt reglene om differensiert merverdiavgift er i overensstemmelse med EØS art. 4, 10 og 14. Derneft, i tilfelle ordningen *er* i strid med avtalen, hvorvidt den kan rettferdiggjøres av hensyn til å styrke posisjonen til det islandske språk. Videre blir det spurt om Islands myndighet til å pålegge moms utelukker at EØS-avtalen kommer til anvendelse, og til slutt, dersom ordningen med differensiert moms blir ansett for å stride mot EØS-avtalen, hvorvidt avtalen inneholder bestemmelser om hvilke regler som kommer til anvendelse i tilfelle motstrid mellom bestemmelser i avtalen og nasjonal rett.

EFTA-domstolen slo fast at de islandske reglene om lavere moms på bøker på nasjonalspråket enn på bøker på andre språk utgjør et diskriminerende tiltak i strid med EØS art. 14 annet ledd.<sup>354</sup> Den nasjonale regelen kunne ikke rettferdiggjøres i hensynet til å utbre og styrke posisjonen til det islandske språket. Island påberopte seg blant annet art. 6(3) i EU-traktaten og art. 151(4) i EF-traktaten, men disse grunnlagene ble avvist av EFTA-domstolen. Et sentralt spørsmål i forbindelse med saken er hvorvidt kultur er et lovlig allment hensyn etter EØS-avtalen. I et større perspektiv dreier saken seg om i hvilken grad EØS-avtalen skal tilpasse seg videreutviklingen av EFs traktatverk på kulturområdet og på andre områder.

#### 4.4.2 Er den islandske momsregelen diskriminerende?

Er egentlig de islandske reglene diskriminerende? Hvis de ikke er det, burde domstolen i hvert fall ha drøftet kultur som lovlig allment hensyn. Det følger av ordlyden i EØS art. 14 at bestemmelsen innebærer et diskrimineringsforbud (jf. avsnitt 2.3.1 ovenfor, som blant annet gjelder den tilsvarende bestemmelsen i EF art. 90). Dette understrekes også av EFTA-domstolen: "(...) The general purpose of Article 14 EEA is to guarantee

---

<sup>354</sup> EØS art. 14 annet ledd lyder: "Videre skal avtalepartene avholde seg fra å pålegge varer fra andre avtalepartar interne avgifter av en slik art at de indirekte beskytter produksjonen av andre varer."

the free movement of goods between the EEA States (...) by eliminating all forms of protection which may result in the application of internal taxation *in a manner which discriminates* against products from other EEA States (min uthevning)”.<sup>355</sup> Domstolen understreker dessuten at dersom en ordning rammes av forbudet i art. 14 annet ledd, er det ikke nødvendig å undersøke om ordningen *i tillegg* er i strid med det alminnelige forbudet mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling i EØS-avtalen art. 4.<sup>356</sup> Dette understreker at art. 14 annet ledd innebærer et diskrimineringsforbud i utgangspunktet.

EFTA-domstolen starter med å undersøke om den islandske regelen er i strid med art. 14 annet ledd. Bestemmelsen forbyr staten å legge interne avgifter på varer som er i konkurranse med innenlandske varer, uten å være ”tilsvarende” etter art. 14 første ledd, for på den måten å indirekte beskytte produksjoner av innenlandske varer.<sup>357</sup> Det er derfor nødvendig å undersøke om bøker skrevet på eller oversatt til islandsk er i konkurranse med bøker skrevet på andre språk, og om momsregelen dermed indirekte beskytter produksjonen av bøker på islandsk. Domstolen finner at bøker på islandsk og bøker på utenlandske språk er i *delvis* konkurranse med hverandre.<sup>358</sup> Videre konkluderer domstolen med at formålet med ordningen, å gjøre islandske bøker mer konkurransedyktige på markedet, og på den måten opprettholde det islandske språket som en sentral del av islandsk kultur, ”*indicates that the rule is intended to have protective effect (min uthevning)*”.<sup>359</sup> Domstolens konklusjon blir derfor at regelen er i strid med art. 14 annet ledd.<sup>360</sup>

Kan domstolens konklusjon forsvares? Jeg har tidligere stilt spørsmålstegn ved i hvilken grad konkurranseaspektet gjør seg gjeldende på kulturområdet (jf. avsnitt 2.5.2 ovenfor). Kan kulturgoder fra to land være ”i konkurranse med hverandre”? Det er opplagt at bøker på islandsk har en spesiell kulturpolitisk funksjon gjennom å styrke det islandske språket, som bøker på andre språk per definisjon ikke kan konkurrere om. At mange at dem som leser islandsk også er i stand til å lese andre språk, har derfor lite å gjøre med spørsmålet om det foreligger et konkurransemessig forhold mellom bøker på

---

<sup>355</sup> Jf. premiss 22.

<sup>356</sup> Jf. premiss 38.

<sup>357</sup> Jf. premissene 23-24.

<sup>358</sup> Jf. premiss 27.

<sup>359</sup> Jf. premiss 32.

<sup>360</sup> Jf. premiss 36.

islandsk og bøker på andre språk.<sup>361</sup> Etter min oppfatning er domstolens konklusjon på dette punktet tvilsom. Videre slår domstolen fast at den islandske momsregelen ”applies *equally* to all books written in Icelandic or translated into the language, regardless of the nationality or seat of the producer and publisher (min uthevning)”.<sup>362</sup> Dessuten, fortsetter domstolen, medfører den generelle trenden i globalisering og teknologisk utvikling, at det er vanskeligere å bestemme hvorvidt et produkt er ”wholly domestic”, og avslutter: ”(...) To that extent any protective effect of the differentiated VAT rates would also work in favour of foreign publishers, producers and other holders of rights to the original material”.<sup>363</sup> Den siste uttalelsen tyder på at effekten av momsregelen gjelder *likt* for alle relevante aktører i bokbransjen. Jeg har derfor vanskelig for å se at regelen innebærer nasjonalitetsbestemt *diskriminering*, selv om den kan sies å utgjøre en handelshindring, gjennom at den vanskeliggjør handelen med bøker på andre språk enn islandsk.

#### 4.4.3 Kultur i EFTA-domstolen

I dette avsnittet vil jeg drøfte anførslene fra Island om at blant annet TEU art. 6(3) og EF art. 151(4) gjelder analogisk for EØS-avtalen, og at den islandske momsregelen derfor må vurderes i lys av disse bestemmelsene.

Island anfører at EØS-avtalen gir rettslig grunnlag for å rettferdiggjøre de islandske momsreglene i hensynet til å bevare og beskytte det islandske språket, som en sentral del av Islands kulturarv og identitet.<sup>364</sup> De påberoper seg henholdsvis EØS art. 13, TEU art. 6(3), ”The Joint Declaration on Cultural Affairs” (et vedlegg til EØS-avtalen), og EF art. 151(4). Domstolen slår først fast at art. 13 bare kan brukes som unntak overfor kvantitative import- og eksportrestriksjoner og tiltak med tilsvarende virkning, jf. EØS art. 11 og 12. Dette følger av bestemmelsens ordlyd og formål.<sup>365</sup> Dernest avviser domstolen at TEU art. 6(3) og EF art. 151(4) kan utgjøre et grunnlag for å rettferdiggjøre momsordningen. EØS-avtalen inneholder ingen tilsvarende bestemmelser som art. 6(3) og art. 151(4), og det er i følge domstolen heller ikke grunnlag for å bruke dem analogisk for EØS-avtalen.

---

<sup>361</sup> Jf. EFTA-domstolen i premiss 25.

<sup>362</sup> Jf. premiss 29.

<sup>363</sup> Jf. premiss 30.

<sup>364</sup> Jf. premiss 40.

Når det gjelder art. 6(3) legger domstolen vekt på at EU-traktaten ble ferdigforhandlet *før* slutningen av EØS-avtalen. Det manglende samsvaret mellom EF-traktaten og EØS-avtalen på dette punktet må derfor antas å være bevisst. Man kan spørre seg om årsaken til at en bestemmelse som blant annet slår fast respekt for nasjonale særtrekk, ble bevisst utelatt fra EØS-avtalen. Var oppfatningen at EFTA-siden i avtalen hadde mindre behov for slik respekt enn EF-siden? Jeg har vanskelig for å finne noen begrunnelse for at dette skulle være tilfelle. En noe mer sannsynlig forklaring er at art. 6(3) ble ansett som en del av de endringene som ble gjennomført ved EU-traktaten, og som ikke gjaldt for EØS-avtalen. Bestemmelsen ble derfor ”forbeholdt” EF-siden, noe også dens ordlyd tyder på; det er ”Unionen” som skal respektere de nasjonale særtrekk i medlemsstatene. EØS-retten skiller seg fra EF-retten ved nettopp ikke å ha en overnasjonal karakter, og dermed heller ikke noe overnasjonalt organ det er naturlig å pålegge en plikt til å respektere nasjonale særtrekk. På den annen side kunne et prinsipp om respekt for nasjonale særtrekk vært gitt en utforming som var *tilpasset* EØS-avtalen, og som ikke lå hos ”unionen”, men som for eksempel gjaldt som et generelt prinsipp for tolkning og anvendelse av EØS-avtalen. En tredje forklaring kan være at ingen på EFTA-siden overhodet tenkte på å inkludere kulturbestemmelser i EØS-avtalen. Selv om heller ikke denne forklaringen virker helt overbevisende, er den etter min oppfatning mer overbevisende enn forklaringen om at art. 6 skulle vært *bevisst* utelatt fra EØS-avtalen.

Kan TEU art. 6(3) og EF art. 151(4) gjelde analogisk for EØS-avtalen, slik Island hevder? EFTA-domstolen gir ingen nærmere forklaring på *hvorfor* den ikke finner å kunne bruke art. 6(3) analogisk. I tillegg til reglene om fri bevegelse og konkurransereglene, skal EØS-samarbeidet omfatte ”nærmere samarbeid på områder, slik som forskning og utvikling, miljø, utdannelse og sosialpolitikk”.<sup>366</sup> Kultur nevnes ikke uttrykkelig, men samarbeid på kulturområdet er likevel nært beslektet med de andre områdene som nevnes. Dessuten inngår kulturhensyn og kulturpolitiske prioriteringer normalt som sentrale deler av flere av områdene. Både forskning og utdannelse må for eksempel sies å omfatte kulturkunnskap, gjennom kjennskap til og deltagelse i nasjonal kultur og kulturelle aktiviteter. Bruk av kulturuttrykk som kommunikasjonsform, som litteratur, film og teater, er også vel kjent på de områdene

---

<sup>365</sup> Jf. premiss 42.

som nevnes. En naturlig språklig forståelse av ordlyden i EØS-avtalen taler for at kultur derfor omfattes av ”det nærmere samarbeid”. EØS-landene deltar da også i kulturelt samarbeid med EU-landene, blant annet gjennom MEDIA Plus-programmet (jf. note 177 ovenfor).

Om dette gir grunnlag for å tolke art. 6(3) og art. 151(1) analogisk for EØS-avtalen er derimot et annet spørsmål. Det er et relativt langt steg fra en angivelse av politisk samarbeid på visse områder, til en plikt til å respektere nasjonale særtrekk i medlemslandene. Dessuten er det uklart hvilket eller hvilke EØS-organer som eventuelt skulle ha en slik plikt. Det mest relevante hadde kanskje vært EFTA-domstolen, men dette måtte i så fall ha et klart rettslig grunnlag i EØS-avtalen. EFTA-domstolen må derfor antas å ha lagt en riktig tolkning til grunn ved ikke å bruke art. 6(3) analogisk.

Om analogisk bruk av EF art. 151(4) sier EFTA-domstolen at ”it would not be a proper exercise of the judicial function to seek to extend the scope of application of the EEA Agreement on that basis...”.<sup>367</sup> Men resultatet av domstolens uttalelse blir snarere en *innskrenkning* av EØS-avtalens omfang på kulturområdet, ikke en utvidelse, slik domstolen vil unngå. Samspillet mellom kultur og økonomi er en faktor som bør vektlegges ved diskusjon av spørsmålet om analogisk bruk av art. 151(4). Fellesskapets plikt til å ta kulturelle forhold i betraktning under utøvelse av virksomhet i henhold til andre bestemmelser i EF-traktaten,<sup>368</sup> omfatter blant annet reglene om fri bevegelighet. EF-domstolens holdning er at kultur og markedsintegrasjon ikke skal anses som to atskilte områder, men inngå i samspill med hverandre.<sup>369</sup> Reglene for det indre marked anvendes med andre ord også på kulturområdet (jf. avsnitt 2.2 ovenfor). Senere praksis viser at domstolen dessuten resonnerer *den andre veien*, ved å legge til grunn kulturhensyn på området for det indre marked. Et eksempel på dette er *Cinéthèque*-saken (jf. avsnitt 2.4.3 ovenfor).<sup>370</sup> Her slo EF-domstolen fast at hensynet til fremme av kinofilm som kulturell ytringsform kunne rettferdiggjøre en ordning som innskrenket

---

<sup>366</sup> Jf. EØS art. 1(1) bokstav f).

<sup>367</sup> Jf. premiss 45.

<sup>368</sup> Jf. EF art. 151(4).

<sup>369</sup> Jf. blant annet premiss 1 i *Italian Art Treasures* (jf. note 73 ovenfor). Ved å slå fast at reglene om fri bevegelighet også skal gjelde for kunstgjenstander, gir domstolen samtidig uttrykk for at et sentralt instrument for økonomisk integrasjon skal brukes på kulturområdet.

<sup>370</sup> Saker 60 og 61/84, jf. note 132 ovenfor.

retten til fri bevegelse for varer, dersom ordningen oppfyller kravene til ikke-diskriminering og proporsjonalitet.

Ettersom EF-domstolen skal ta kulturelle forhold i betraktning ved tolkningen av regler som er sentrale for det indre marked, følger det av EØS-avtalen og av ODA-avtalen at EFTA-domstolen skal ta hensyn til denne praksisen, ettersom blant annet reglene om fri bevegelse i EF-traktaten ”i sitt materielle innhold er identiske med de tilsvarende bestemmelsene” i EØS-avtalen. Selv om EØS-avtalen ikke har de samme kulturbestemmelsene som EFs traktatverk, vil den *kulturelle dimensjon* i reglene om fri bevegelse og konkurransereglene, slik den gjør seg i gjeldende i EF-retten og i EF-domstolens praksis, også måtte få betydning for EØS-retten. Jeg tolker *Bull* i samme retning. Han hevder at den rettspresis fra EF-domstolen som det i følge EØS-avtalen og ODA-avtalen skal tas hensyn til ved tolkningen av EØS-avtalen, også omfatter rettspresis som anvender uskrevne, allmenne rettsgrunnsetninger, som for eksempel proporsjonalitetsprinsippet, som integrerte deler av reglene om fri bevegelse.<sup>371</sup> Tankegangen er at det ikke er naturlig å skille denne delen av rettspresis fra rettspresis som direkte utgir seg for å være utlegninger av ord og uttrykk i skriftlige bestemmelser.

Resultatet er så langt at domstolen på den ene siden anerkjenner at støtte til nasjonalspråket ”may be a cultural goal of high priority”, men på den annen side innskrenker EØS-avtalens omfang på kulturområdet, ved å avvise analogisk bruk av TEU art. 6(3) og EF art. 151(4). En slik avvisning er etter min mening likevel riktig, ettersom det ikke finnes rettslig grunnlag i EØS-avtalen for en slik tolkning, selv om resultatet ikke blir særlig godt. Men hva har domstolen ment med at støtte til nasjonalspråket ”may be a cultural goal of high priority”? Dette skal drøftes nærmere i neste avsnitt.

#### 4.4.4 Kultur som lovlig allment hensyn i EØS-retten?

Temaet for dette avsnittet er om en EØS-stat har adgang til å rettferdiggjøre en ikke-diskriminerende handelshindring i kulturpolitiske hensyn, med andre ord om kultur er et

---

<sup>371</sup> Jf. *Bull*, s. 79.

lovlig allment hensyn i EØS-retten. Dette skal blant annet vurderes på bakgrunn av avgjørelsen i *Einarsson*-saken.

Det er først nødvendig å undersøke hvordan EFTA-domstolen forholder seg til allmenne hensyn *generelt*. Domstolen plikter å tolke bestemmelsene i EØS-avtalen i samsvar med relevant praksis fra EF-domstolen *før* undertegningen av EØS-avtalen, og å ta tilbørlig hensyn til praksis *etter* dette tidspunktet.<sup>372</sup> ”Læren” om allmenne hensyn oppstod for første gang i *Cassis*-saken (jf. avsnitt 2.3.1 ovenfor)<sup>373</sup>, og gjelder på området for fri bevegelse i EF. Bestemmelsene om fri bevegelse i EØS-avtalen er identiske med de tilsvarende bestemmelsene i EF-traktaten, og *Cassis*-saken ble avgjort *før* undertegningen av EØS-avtalen. Det følger av dette at prinsippene om allmenne hensyn fra *Cassis*-saken, og den videre utviklingen av disse frem mot tidspunktet for undertegningen av EØS-avtalen, skal legges til grunn ved tolkningen av EØS-avtalen. Det skal dessuten tas tilbørlig hensyn til praksis omkring allmenne hensyn fra tiden *etter* undertegningen av EØS-avtalen.

Det finnes hittil ingen eksempler på at EFTA-domstolen har anerkjent *kultur* som lovlig allment hensyn. Spørsmålet blir da for det første om *Einarsson*-saken bidrar til å klargjøre domstolens holdning til slike hensyn. Det er særlig domstolens utsagn om at ”support for the national language may be a cultural goal of high priority” som må tolkes.<sup>374</sup> I tilfeller der EF-domstolen har anerkjent kultur som lovlig allment hensyn, både når det påberopte hensynet har slått gjennom overfor reglene om fri bevegelse og når det ikke har gjort det, har den gitt klart uttrykk for at det aktuelle hensynet *i utgangspunktet* kan rettferdiggjøre en handelshindring, forutsatt at kravene til ikke-diskriminering og proporsjonalitet er oppfylt. EFTA-domstolen kom til at den islandske momsregelen utgjorde en diskriminerende handelshindring. Etter min oppfatning peker faktum i saken i retning av at regelen *ikke* innebar diskriminering (jf. avsnitt 4.4.2 ovenfor). I så fall burde EFTA-domstolen ha behandlet spørsmålet om hensynet til å fremme islandsk språk kunne rettferdiggjøre momsregelen. Dersom EFTA-domstolen hadde ment å stadfeste at hensynet til å fremme og bevare nasjonalspråket kan utgjøre et lovlig allment hensyn, må det antas at dette hadde kommet klarere og mer presist frem, i

---

<sup>372</sup> Jf. EØS art. 6 og ODA art. 3(2).

<sup>373</sup> Sak 120/78, jf. note 85 ovenfor.

<sup>374</sup> Jf. premiss 41-

tråd med EF-domstolens praksis. EFTA-domstolens anerkjennelse av at ”support for the national language may be a cultural goal of high priority” har mer karakter av en politisk erklæring, og er for vag og uspesifikk til å tolkes som at domstolen anerkjenner hensynet til nasjonalspråket som et *lovlig allment hensyn*.

Det som etter min mening først og fremst kan trekkes ut av avgjørelsen når det gjelder kultur som lovlig allment hensyn, er fornemmelsen av at verken partene i saken eller EFTA-domstolen helt har hatt grepet om hvordan spørsmålet om kultur som lovlig hensyn skulle behandles. Uansett hva EFTA-domstolen har tenkt og ment ved å uttale det den gjorde, burde den ha behandlet dette spørsmålet om bedre, i samsvar med EF-domstolens praksis. Særlig *Groener*-saken ville da ha vært relevant (jf. avsnitt 2.4.3 ovenfor).<sup>375</sup> Også denne saken gjaldt en handelshindrende nasjonal ordning begrunnet i hensynet til å fremme nasjonalspråket. Domstolen kom til at ordningen, et irsk krav overfor arbeidssøkende om å ha bestått en irsk språktest, kunne rettferdiggjøres i det påberopte hensynet.

*Einarsson*-saken gir derfor ikke støtte til at kultur er et lovlig allment hensyn i EØS-retten. Vi står da overfor spørsmålet om kultur som lovlig allment hensyn *likevel* er gjeldende EØS-rett, begrunnet i EFTA-domstolens plikt til å legge til grunn relevant praksis fra EF-domstolen. Vi har tidligere kommet til at ”læren om allmenne hensyn” generelt omfattes av den praksis fra EF-domstolen som EFTA-domstolen skal legge til grunn. Det virker derfor naturlig at når EFTA-domstolen først skal legge til grunn selve *konseptet* ”allmenne hensyn”, må dette også innebære de *enkelte hensyn* som EF-domstolen har anerkjent. Dette støttes for det første av prinsippene om ensartethet og dynamikk i EØS-avtalen. Ensartet praksis på området for det indre marked er avgjørende for å oppnå et dynamisk og ensartet EØS-område, slik denne målsettingen kommer til uttrykk i blant annet EØS-avtalens fortale. Videre følger det av det såkalte *gjensidighetsprinsippet* (jf. nærmere om dette prinsippet i avsnitt 4.5 nedenfor) i internasjonale handelsavtaler, at begge partene i EØS-avtalen, både EFTA-siden og EF-siden, blant annet skal ha de samme fordelene av avtalen; EFTA-domstolen skal derfor ikke være *strengere* enn EF-domstolen når det gjelder å anerkjenne kultur som lovlig allment hensyn. Etter min oppfatning trekker de momentene jeg nå har nevnt sterkt i

---

<sup>375</sup> Sak C-379/87, jf. note 155 ovenfor.



retning av at kultur kan anses som et lovlig allment hensyn i EØS-retten, til tross for at ingen av EFTA-domstolens avgjørelser hittil har anerkjent dette uttrykkelig. Jeg velger derfor å legge til grunn av kultur er et lovlig allment hensyn i EØS-retten.

#### 4.5 Einarsson-saken og gjensidighetsprinsippet

Jeg har så langt konsentrert meg om EFTA-domstolens håndtering av spørsmålet om kultur som lovlig allment hensyn i EØS-retten. Etter min oppfatning følger det av EØS-avtalen at domstolen plikter å anvende ”læren” om allmenne hensyn slik EF-domstolen gjør i EF-retten. Temaet har med andre ord vært om Einarsson-saken representerer god *EF-rett*, hvilket det etter min oppfatning er tvilsomt om den gjør. I dette avsnittet vil jeg derimot se Einarsson-saken i et annet perspektiv, ettersom saken også har prinsipiell betydning for forholdet mellom EFTA-siden og EF-siden i EØS-avtalen. Det sentrale spørsmålet her blir derfor om Einarsson-saken representerer god *EØS-rett*. Dette spørsmålet skal analyseres på bakgrunn av det såkalte *gjensidighetsprinsippet*.

EØS-avtalen er en folkerettslig avtale mellom EFTA-statene Norge, Island og Liechtenstein som den ene parten, og EU som den andre. Et grunntrekk ved tradisjonelle folkerettslige avtaler er deres *horisontale* håndhevingsstruktur, som blant annet viser seg gjennom mangelen på et sentralt håndhevingsorgan. Partene i en folkerettslig avtale må da håndheve sine rettigheter og plikter på andre måter, og trusselen om mottiltak ved brudd på eller frafall fra avtalen kan vise seg å være den eneste effektive måten å sikre at avtalen håndheves.<sup>376</sup> Det er vanlig å si at folkerettslige avtaler bygger på et prinsipp om *gjensidighet* i forhold til byrder og fordeler som følge av avtalen,<sup>377</sup> forandringer til én av partenes gunst eller ugunst skal også gjelde for den eller de andre partene.<sup>378</sup> Det grunnleggende i gjensidighetsprinsippet er vissheten om de andre partenes overholdelse av gjensidige forpliktelser.<sup>379</sup> Denne vissheten skaper et avhengighetsforhold mellom partene, som sikrer samarbeid og overholdelse av avtalen, ettersom partene vet at dette vil gi størst økonomisk gevinst for alle.<sup>380</sup>

---

<sup>376</sup> Jf. Trebilcock/Howse, *The Regulation of International Trade*, s. 7.

<sup>377</sup> Jf. Weiler, *The Constitution of Europe*. “Do the New Clothes Have an Emperor?” s. 25.

<sup>378</sup> I følge Jackson, *The Jurisprudence of GATT and the WTO*, ligger gjensidighetsbetraktninger til grunn for at en rekke internasjonale regler overholdes selv om stater av ulike årsaker ikke ønsker dette (s. 7). Jackson omtaler for øvrig gjensidighet som “a basic GATT concept” (s. 413).

<sup>379</sup> Op. cit s. 7.

<sup>380</sup> Jf. Trebilcock/Howse, s. 8-9.

Gjensidighetsprinsippet kommer blant annet til uttrykk i WTO-samarbeidet, der forhandlinger om gradvis liberalisering av verdenshandelen baserer seg på et system med gjensidige krav og innrømmelser fra WTO-medlemmene på områder det forhandles om. Dessuten følger de mest sentrale WTO-rettslige reglene, som nasjonal behandling og bestevilkårsbehandling, av gjensidighet; land A yter nasjonal behandling overfor varer og tjenester fra land B, i visshet om at land B også yter nasjonal behandling overfor varer og tjenester fra A. Imidlertid innebærer *nasjonal* behandling ikke nødvendigvis den samme behandling som *gjensidig* (god eller dårlig) behandling.<sup>381</sup> *Nasjonal behandling* innebærer at varer eller tjenester fra land A har krav på like gunstig behandling i land B som land Bs egne tilsvarende varer eller tjenester. *Gjensidighetsprinsippet* går derimot ut på at varer eller tjenester fra land A bare har krav på den behandling i land B som tilsvarende varer og tjenester fra land B får i land A.

EF-retten er derimot ikke en tradisjonell folkerettslig avtale. Prinsippene om Fellesskapsrettens forrang og direkte effekt (jf. avsnitt 1.2.2 ovenfor) gjør at EF-retten får en *vertikal* struktur, med overnasjonale håndhevingsorganer, i motsetning til den horisontale strukturen i folkeretten for øvrig. Dermed har heller ikke gjensidighetsprinsippet den samme betydning innenfor EF-retten som i folkeretten. En medlemsstat i EU kan for eksempel ikke la være å implementere rettsakter fra Fellesskapet, fordi en annen medlemsstat heller ikke har gjort dette, noe som ellers ville følge av prinsippet.<sup>382</sup>

EFs traktatverk har gjennomgått en rekke endringer siden EØS-avtalens inngåelse. Som nevnt introduserte EU-traktaten blant annet nye bestemmelser om kultur i både EU-traktaten og i EF-traktaten. EØS-avtalen har imidlertid forblitt uforandret. Resultatet i *Einarsson*-saken stadfester dermed en skjevhet i det opprinnelig gjensidige handelsrettslige forholdet mellom EFTA-statene og EF, ved inngåelsen av EØS-avtalen i 1992. EØS-avtalen må med andre ord forholde seg til et EF anno 1992. Det rettslige forholdet mellom EU og EFTA-statene bygger ikke lenger på *gjensidighet* på kulturområdet. Endringene i EFs traktatverk har hatt som konsekvens at medlemsstatene har fått større nasjonal og regional frihet på kulturområdet (jf. avsnitt 2.6.2 ovenfor), i tillegg til at fokus i økende grad har blitt rettet mot hensynet til nasjonalt og regionalt særpreg. EØS-

---

<sup>381</sup> Jf. White, note 4 s. 4.

<sup>382</sup> Jf. Weiler, *The Constitution of Europe*, s. 29, note 42).

avtalen ender dermed opp med å være strengere, mer integrasjonistisk, enn EU på dette området.

Resultatet i *Einarsson*-saken er derfor uheldig for forholdet mellom partene i EØS-avtalen, selv om det juridisk sett kan forsvares. Det kan hevdes at domstolen gjør det enkelt for seg ved kun å holde seg til en relativt snever tekstuell tolkning og uten å ta i betraktning konsekvensene av det resultatet den kom til. Likevel er det tvilsomt om domstolen hadde noe valg. Det er godt mulig at den var bevisst den skjevheten mellom partene i EØS-avtalen som resultatet vitner om, men likevel ikke fant rettslig grunnlag for å løse saken på en annen måte. Det mest uheldige er dermed det faktum at EØS-avtalen ikke har blitt ”oppgradert” i samme monn som EFs traktater, mens EFTA-domstolen tross alt har avsagt en dom i samsvar med gjeldende EØS-rett, og for så vidt kan gis rett i at å ”rette opp” det skjeve forholdet mellom partene i EØS-avtalen ikke er ”a proper exercise of the judicial function”.<sup>383</sup>

*Einarsson*-avgjørelsen viser at det kan være vanskelig å få gehør i EFTA-domstolen for at utviklingen av traktatverket i EU skal ha innvirkning på EØS-avtalen. Dette kan bli et voksende problem i fremtiden, også på andre områder enn kultur. EØS-avtalen kan bare endres ved full behandling i Europaparlamentet, noe som krever godkjenning og undertegning fra alle EUs medlemsstater, og som derfor kan være en svært tidkrevende prosess.

#### 4.6 EØS-avtalen og statlige filmstøtteordninger

I dette avsnittet vil jeg kort ta opp noen sentrale punkter i EFTAs overvåkingsorgans (ESA) gjennomgang av de norske statlige filmstøtteordningene. Støtteordningene ble godkjent ved vedtak av 20. februar 2002.<sup>384</sup> EØS-avtalen slår fast at EU-kommisjonen og EFTAs overvåkingsorgan skal samarbeide ”med henblikk på å sikre lik overvåking av statsstøtte” innen EØS-området.<sup>385</sup> Det kan derfor være interessant å se hvordan overvåkingsorganet vektlegger kulturpolitiske hensyn i gjennomgangen av de norske ordningene, blant annet ettersom statsstøttereglene i EØS-avtalen ikke inneholder det

---

<sup>383</sup> Jf. premiss 45.

<sup>384</sup> Dec. No. 32/02/COL. For henvisninger til vedtaket brukes heretter ”ESA”.

<sup>385</sup> Jf. EØS art. 62(2).

samme kulturunntaket som EF-traktaten. Som vi har sett tidligere har EU-kommisjonen vurdert EU-landenes filmstøtteordninger opp mot dette unntaket (jf. avsnitt 2.5.3 ovenfor).<sup>386</sup> De norske støtteordningene som ble vurdert av overvåkingsorganet var støtteordninger dekket av den såkalte ”filmforskriften”<sup>387</sup> (produksjonsstøtte fra Audiovisuelt Produksjonsfond, støtte fra Norsk Filminstitutt og støtte fra Norsk Film A/S).<sup>388</sup>

EØS-avtalen inneholder det samme forbudet mot statsstøtte som EF-traktaten.<sup>389</sup> Etter å ha foretatt en relativt detaljert gjennomgang av ordningene, og de norske begrunnelsene for dem, konkluderer overvåkingsorganet med at støtteordningene utgjør ”statsstøtte” i henhold til EØS-avtalen.<sup>390</sup> Avtalen har imidlertid ikke et unntak som gjelder ”støtte til fremme av kulturen” som det EF-traktaten har. Organet slår likevel fast at ”(...) in line with its previous practice, film support measures may be approved on cultural grounds on the basis of Article 61(3) (c) of the EEA Agreement”.<sup>391</sup> Art. 61(3) c slår fast at ”støtte som har til formål å lette utviklingen av enkelte næringsgrener eller på enkelte økonomiske områder”, kan anses som forenlig med EØS-avtalens funksjon, dersom støtten ”ikke endrer vilkårene for samhandelen i et omfang som strider mot felles interesser”. Organet legger videre til grunn de samme kriteriene som EU-kommisjonen gir anvisning på i ”kinomeddelelsen” (jf. avsnitt 2.5.3 ovenfor).<sup>392</sup> For det første må støtteordningene ikke stride mot andre regler i EØS-avtalen, for det andre må ordningen oppfylle de fire kriteriene som EU-kommisjonen har lagt til grunn i sin praksis. Organet finner at de norske støtteordningene oppfylle alle disse kravene. Det som er interessant å merke seg er at den praktiske konsekvensen av overvåkingsorganets fremgangsmåte blir at kulturunntaket i EF-traktaten anvendes *analogisk* for EØS-avtalen, ettersom organet legger til grunn de samme kriteriene for vurdering av støtten som EU-kommisjonen gjør i forhold til EF-traktatens kulturunntak. Selv om overvåkingsorganet her handler ”in line with its previous practice”, kan det virke som om organet er mer

---

<sup>386</sup> Jf. ESA s. 12.

<sup>387</sup> Forskrift for tilskudd til filmformål av 8. februar 2002 (”filmforskriften”).

<sup>388</sup> Jf. ESA s. 1. Fra 1. juli 2001 ble Audiovisuelt Produksjonsfond, Norsk Filminstitutt og andre institusjoner som til da hadde vært involvert i filmproduksjon, erstattet av det nyopprettede Norsk Filmfond. Alle norske filmstøtteordninger administreres i dag av Norsk Filmfond.

<sup>389</sup> Jf. EØS art. 61(1).

<sup>390</sup> Jf. ESA s. 11.

<sup>391</sup> Jf. ESA s. 12.

<sup>392</sup> COM (2001) 534 final, jf. note 165 ovenfor.

åpne for nasjonale kulturpolitiske hensyn enn EFTA-domstolen gir uttrykk for i Einarsson-saken, selv om saksforholdene riktignok ikke er helt sammenlignbare.

I forhold til det første kravet, at ordningene må respektere andre regler i EØS-avtalen, er det interessant å merke seg følgende: De norske reglene går blant annet ut på at også utenlandske produksjonsselskaper etablert i Norge kan motta statsstøtte til produksjon av film i Norge, men da på den betingelse av filmen som hovedregel spilles inn på enten norsk eller samisk.<sup>393</sup> Her slår organet fast at ”this condition is not in conflict with basic principles of the EEA Agreement, but reflects *a justified linguistic and cultural concern* (min uthevning)”.<sup>394</sup> Vi ser her at overvåkingsorganet relativt enkelt godkjenner at kultur- og språkpolitiske hensyn rettferdiggjør et krav om at langfilm som hovedregel skal spilles inn på norsk eller samisk. Vil ikke et slikt krav i realiteten være diskriminerende, og derfor i strid med det generelle forbudet mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling i art. 4 i EØS-avtalen? Kravet gjelder likt for alle, men vil i praksis være lettere å oppfylle for personer som behersker norsk eller samisk, først og fremst norske borgere. Dermed vil borgere fra andre EØS-land i realiteten bli forskjellsbehandlet. Samtidig kan det hevdes med en viss styrke at det ville innebære å trekke diskrimineringsbegrepet vel langt, dersom et krav om at norske filmer som hovedregel skal spilles inn på norsk, anses for diskriminerende og dermed ulovlig. Overvåkingsorganet drøfter ikke nærmere hvorvidt dette kravet er diskriminerende, men fastslår bare at kravet ikke er i strid med grunnleggende EØS-rettslige prinsipper.

Vi kan uansett oppsummere dette avsnittet med å si at EFTAs overvåkingsorgan synes å ha en mer åpen holdning til nasjonale kulturpolitiske hensyn enn EFTA-domstolen, til tross for at saksforholdene i henholdsvis filmstøttegjennomgangen og *Einarsson*-saken ikke var direkte sammenlignbare.

#### 4.7 Oppsummering

Vi har i dette kapitlet sett at EFTA-domstolens praksis, inkludert *Einarsson*-saken, ikke gir direkte uttrykk for at kultur er et lovlig allment hensyn i EØS-retten. Likevel skal EFTA-domstolen legge til grunn relevant praksis fra EF-domstolen, og jeg velger å

---

<sup>393</sup> Jf. filmforskriften § 2-1, jf. § 1-3.

legge til grunn at dette prinsippet tilsier at kulturpolitiske hensyn kan påberopes overfor ikke-diskriminerende handelshindringer også i EØS-retten. Videre har vi sett at *Einarsson*-saken stadfester en skjevhet i det handelsmessige forholdet mellom EFTA-siden og EU-siden på kulturområdet i EØS-avtalen, en skjevhet som kan komme til å vise seg også på andre områder i fremtiden.

---

<sup>394</sup> Jf. ESA s. 14.

## 5 AVSLUTNING

### 5.1 Kultur som lovlig allment hensyn?

Vi har i løpet av denne avhandlingen sett at EU har kommet langt i å ta hensyn til medlemsstatenes kulturpolitiske prioriteringer i sin virksomhet. Dette kommer til uttrykk både i EF-traktaten, først og fremst gjennom kulturunntaket i statsstøtteregele og gjennom kulturbestemmelsen i art. 151, og ikke minst i EF-domstolens praksis, der kulturpolitiske hensyn i utgangspunktet kan rettferdiggjøre nasjonale ordninger som rammes av reglene om fri bevegelse. I WTO har vi derimot sett at nasjonale kulturpolitiske hensyn ikke har samme rettslige status som i EU. Til tross for at regelverket til en viss grad åpner for at slike hensyn kan spille inn ved vurderingen av om en nasjonal ordning rammes av reglene, er særlig ulikhetene i tolkningsstil mellom WTOs tvisteløsningsorganer og EF-domstolen, av betydning for at kulturpolitiske hensyn ikke har samme status i WTO som i EU. I EØS ser vi at EFTA-domstolen i *Einarsson*-saken kanskje ikke helt lykke med å behandle spørsmålet om kultur som lovlig allment hensyn. I tillegg stadfester *Einarsson*-avgjørelsen det uheldige i at EFTA-siden i EØS-avtalen ikke får den samme rettslige fordel på kulturområdet som EF-siden har.

Det er derfor ikke grunnlag for å hevde at kultur er et lovlig allment hensyn etter WTO-retten, slik som i EF-retten, selv om en rekke momenter taler for at kulturhensyn på ulike måter gjør seg gjeldende og spiller inn på WTO-rettens område. For EØS-retten derimot følger det av EFTA-domstolens plikt til å legge til grunn praksis fra EF-domstolen, at læren om allmenne hensyn, deriblant *kultur* som allment hensyn, også er gjeldende EØS-rett.

### 5.2 Den fremtidige utviklingen – kultur og konvergens

Vi har så langt konkludert med at mens det er grunnlag for å hevde at kultur er et lovlig allment hensyn i EØS-retten, slik som i EF-retten, er det ikke grunnlag for å hevde dette for WTO-rettens vedkommende per i dag. Men kan det likevel tenkes at rettsutviklingen på kulturområdet i internasjonal handelsrett går i en slik retning at WTO også etter hvert vil ta opp i seg den rettslige situasjonen på kulturområdet i EU, som har fungert som et ”utgangspunkt” i denne avhandlingen?

Gjennom det indre marked har EU i dag en tettere økonomisk integrasjon enn WTO. Samtidig har EUs medlemsstater som kjent et vidt nasjonalt spillerom for kulturpolitiske prioriteringer, mens WTOs medlemmer derimot har svært begrensede muligheter for slike prioriteringer. Det oppstår med andre ord en paradoksal situasjon der det *globale* regelverket WTO, i praksis blir *mer* integrerende på kulturområdet enn de *regionale* regelverkene EU og NAFTA. En slik ”systematikk” blir gal, ettersom graden av integrasjon skal øke jo lenger *ned* i ”rettssystempyramiden” man kommer, og ikke omvendt. Dette er først og fremst fordi regionale rettssystemer, som vi har sett Abbott har uttalt det, som oftest er bedre egnet til å ivareta sosiale og regionale hensyn enn rettssystemer lenger opp i ”pyramiden”.

Det er i dag en tendens til at rettssystemer som regulerer internasjonal handel i økende grad utvikler seg i retning av ett felles system, til tross for ulikheter mellom dem. Det finnes blant annet en betydelig grad av sammenfallende materielle regler i vesensforskjellige internasjonale rettssystemer, og et handelsregulerende tiltak kan i dag omfattes av mer enn ett internasjonalt regelverk samtidig.<sup>395</sup> Vi ser med andre ord en viss *konvergens* i internasjonal økonomisk rett. Det er særlig *Weiler* som mener å kunne se en slik utvikling.<sup>396</sup> I følge Weiler er det *materiellrettslig* konvergens det er tale om, og som særlig kan sees i forholdet mellom EF-rett og GATT-/WTO-rett, som et resultat av utviklingen i begge rettssystemene.<sup>397</sup> Dessuten mener *White* at NAFTA-avtalen bidrar til en utvikling i retning av et felles nordamerikansk banksystem, som i så fall vil ligne stadig mer på det finansielle systemet i EU.<sup>398</sup> Dette kan øke muligheten for et sett av felles regler for verdens finansielle institusjoner, med andre ord *finansiell* konvergens.

Selv om både Weiler og White tar for seg materiellrettslig konvergens på enkeltområder, vil dette kunne ha innvirkning på andre områder som berøres av internasjonalt økonomisk samarbeid, som blant annet kulturområdet. *Abbott* er dessuten av den oppfatning at NAFTA-avtalen er bedre egnet til å ivareta sosiale og regionale

---

<sup>395</sup> Dette var tilfellet med de kanadiske tiltakene overfor importerte ”split-run”-tidsskrifter som førte frem til avgjørelsen i *Canadian Periodicals*-saken. Tiltakene ble omfattet av både WTO og NAFTA. USA valgte WTO som forum for tvisteløsning.

<sup>396</sup> Jf. Weiler, *Convergence and Divergence* og *Towards a Common Law* i ”The EU, the WTO and the NAFTA”.

<sup>397</sup> Jf. Weiler, *Towards a Common Law*, s. 202.



hensyn for sin region enn et multilateralt avtaleverk som WTO, og derfor kan tjene som ”a constructive model for the multilateral system”.<sup>399</sup> Det må være grunnlag for å hevde at EU på tilsvarende måte vil kunne tjene som modell for WTO på kulturområdet. For det første har EU et traktatverk som går langt i å ivareta medlemsstatenes nasjonale og regionale kulturer, for det andre har EF-domstolen anerkjent at kulturpolitiske hensyn på visse vilkår kan rettferdiggjøre handelshindringer som rammes av sentrale regler for det indre marked, og for det tredje har vi sett at WTO-samarbeidet kan få uheldige konsekvenser for sine medlemmers nasjonale kulturelle prioriteter, først og fremst fordi verken regelverket eller tvisteløsningsorganene i særlig grad åpner for at det kan tas kulturpolitiske hensyn.

At EU vil kunne tjene som modell for WTO støttes av *de Witte*, som ser ut til å gjøre seg tilsvarende refleksjoner om konvergens som Weiler, men da spesifikt for kulturområdet.<sup>400</sup> Han ser den spenningen som nå kommer til syne på globalt nivå, mellom frihandelsverdier og kulturell identitet (som for eksempel i *Canadian Periodicals*), som et ekko av den samme spenningen som historisk sett har preget europeisk økonomisk integrasjon, og som til en viss grad fremdeles gjør det. Denne spenningen ledet EF frem til å vedta regler av konstitusjonell rang, som blant annet EF art. 151, som regulerer forholdet mellom det indre marked og hensynet til nasjonal og regional kultur. Med et rettssystem som EF-retten, som kan tilby en bedre balanse mellom frihandel og kultur, kan EU tjene som modell for ”a future international law regime”, hevder de Witte.<sup>401</sup> At han snakker om *ett* internasjonalt rettssystem, ”a future international law regime” (min utheving), underbygger at han er av samme oppfatning som Weiler i synet på utviklingen av ett felles handelsrettslig system, som ”takler” balansen mellom frihandel og kultur. Vi kan oppsummere dette med å si at den konvergens-trenden flere kommentatorer synes å merke seg, vil kunne få betydning også på kulturområdet, først og fremst gjennom at EU vil kunne tjene som modell for hvordan et globalt regelverk som WTO bedre skal ivareta sine medlemmers kulturpolitiske prioriteringer, enn det som er tilfellet i dag.

---

<sup>398</sup> Jf. White, s. 18.

<sup>399</sup> Jf. Abbott, s. 193 flg.

<sup>400</sup> Jf. de Witte, *Trade in Culture*, s. 238.

<sup>401</sup> Jf. de Witte, *Trade in Culture*, s. 238.

## 6 Litteraturliste

**Abbott**, Frederick M., *The North American Integration Regime and its Implications for the World Trading System*, i J. H. H. Weiler (red.) "The EU, the WTO and the NAFTA – Towards a Common Law of International Trade?" s. 169-201, Oxford University Press 2000, ISBN 0-19-829874-9.

**Arnesen**, Finn, *Introduksjon til rettskildelæren i EF*, IUSEF nr. 2, 3. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 1995, ISBN 82-00-22689-1.

**Bull**, Henrik, Det indre marked for tjenester og kapital. Import av finansielle tjenester, Universitetsforlaget, Oslo 2002, ISBN 82-15-00211-0.

**Carmody**, Chi, When 'Cultural Identity was not at Issue': Thinking about Canada – Certain Measures Concerning Periodicals, Law and Policy of International Business, nr. 30 1999, s. 231-320, ISSN 0023-9208.

**Craig**, Paul og de Búrca, Gráinne, *EU Law*, 2. utgave, Oxford University Press 1998, ISBN 0-19-876510-X.

**De Witte**, Bruno, *Trade in Culture: International Legal Regimes and EU Constitutional Values* i G. de Búrca og J. Scott (red.), "The EU and the WTO. Legal and Constitutional Issues", s. 237-255, Hart Publishing 2001, ISBN 1-84113-199-7.

**De Witte**, Bruno, *The Cultural Dimension of Community Law*, Collected Courses of the Academy of European Law, bind IV, bok 1 1995, s. 229-299, ISBN 90-411-0089-X.

**Due**, Ole, *Hvad mener de dog? (Om læsning af EF-domstolens afgørelser)* i L. Lyngne Andresen, J. Fesjø og R. Nielsen (red.), "Festskrift til Ole Lando", GadJura A/S, København 1997, s. 125-144, ISBN 87-607-0445-4.

**Fleischer**, Carl August, *Folkerett*, 7. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2000, ISBN 82-00-45285-9.

**Hudec**, Robert E., *The Product-Process Doctrine in GATT/WTO Jurisprudence* i M. Bronckers og R. Quick (red.), "New Directions in International Economic Law. Essays in Honour of John H. Jackson", s. 187-217, Kluwer Law International 2000, ISBN 90-411-9805-9.

**Hylland Eriksen**, Thomas, *Små steder – Store spørsmål. Innføring i sosialantropologi*, Universitetsforlaget, Oslo 1993, ISBN 82-00-21634-9.

**Jackson**, John H., *The Jurisprudence of GATT and the WTO. Insights on treaty law and economic relations*, Cambridge University Press 2000, ISBN 0 521 62056 2.

**Mørkedal**, Kristin, *L'exception culturelle – kampen for å unnta kulturtjenester fra liberaliseringen av internasjonal handel*, studentavhandling ved Universitetet i Oslo høsten 2001.

**Ruud**, Morten, Geir Ulfstein og Ole Kristian Fauchald, *Utvalgte emner i folkerett*, Tano Aschehoug, Oslo 1997, ISBN 82-518-3408-2.

**Sejersted**, Fredrik...[et al.], *EØS-rett*, Universitetsforlaget, Oslo 1995, ISBN 82-00-22469-4.

**Stenvik**, Are, *Patentrett*, Cappelen Akademisk Forlag, Oslo 1999, ISBN 82-456-0557 3.

**Tawfik**, Myra J., *Competing Cultures: Canada and the World Trade Organization – The Lessons from Sports Illustrated*, The Canadian Yearbook of International Law, bind 36, 1998, s. 279-302, UBC Press 1999, ISBN 0-7748-0734-2.

**Thuesen**, Elisabeth, *Produktbeskyttelse og kulturel integration i EU* i V. Hagstrøm, P. Lødrup og M. Aarbakke (red.), ”Ånd og rett. Festskrift til Birger Stuevold Lassen”, Universitetsforlaget, Oslo 1997, s. 1017-1026, ISBN 82-00-12697-8.

**Trebilcock**, Michael J. og Howse, Robert, *The Regulation of International Trade*, 2. utgave, Routledge 2000, ISBN 0-415-18497-5.

**Ulff-Møller**, Jens, *Hollywoods generobring af det danske marked efter 2. verdenskrig*, i F. Henriksen (red.), ”Mediesociologi – Sekvens 2000”, Københavns universitet, Institut for Film- & Medievitenskap 2000, s. 243-283, ISBN 87-89505-23-9.

**Weiler**, Joseph H. H., *Cain and Abel – Convergence and Divergence in International Trade Law; Towards a Common Law of International Trade* i J. H. H. Weiler (red.), ”The EU, the WTO and the NAFTA – Towards a Common Law of International Trade?”, s. 1-5 og 201-233, Oxford University Press 2000, ISBN 0-19-829874-9.

**Weiler**, Joseph H. H., *The Constitution of Europe. ”Do the New Clothes Have an Emperor?” and other essays on European integration*, Cambridge University Press 1999, ISBN 0 521 58473 6.

**White**, William R., *The Implications of the FTA and NAFTA for Canada and Mexico*, Technical Report No. 70, Bank of Canada 1994, ISBN 0-662-22410-8.

A

## **7 Lister over tabeller, figurer m v**

B